

Sygn. akt: KIO/UZP 637/08

KIO/UZP 659/08

WYROK
z dnia 10 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **09.07.2008r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2008r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych w dniu 26 czerwca 2008r. przez:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (sygn. akt KIO/UZP 637/08),

B. Firma Haller S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133 (sygn. akt KIO/UZP 659/08),

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 54** protestów:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (sygn. akt KIO/UZP 637/08), z dnia 11 czerwca 2008r.,

B. Firma Haller S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133 (sygn. akt KIO/UZP 659/08) z dnia 12 czerwca 2008r.,

przy udziale **Firmy Haller S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (**sygn. akt KIO/UZP 637/08**).

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 54

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (sygn. akt KIO/UZP 637/08),**
 - B** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Haller S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133 (sygn. akt KIO/UZP 659/08),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty odwołujących się, w tym:
 - A.** kwoty 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 54** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a,** stanowiącej

- uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania (**sygn. akt KIO/UZP 637/08**),
- B.** kwoty 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 54** na rzecz **Firmy Haller S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133** , stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania (**sygn. akt KIO/UZP 659/08**),
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a** (**sygn. akt KIO/UZP 637/08**),
- B** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Firmy Haller S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133** (**sygn. akt KIO/UZP 659/08**).

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

W dniu 18.04.2008r., Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. REKULTYWACJA ZBIORNIKÓW -CZCHÓW-ROŻNÓW " w miejscowości: TĘGOBORZE ETAP III i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 17 209 850,76 zł (pismo Zamawiającego z dn. 30.06.2008r., w aktach sprawy).

W dniu w dn. 05.06.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez WIKAR Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe sp. z o.o., 33-314 Łososina Dolna 108.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 637/08

W dniu 11.06.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (dalej: Odwołującym Konsorcjum) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 23.06.2008r. poprzez jego oddalenie (pismo z dn. 20.06.2008r., przesłane Wykonawcy faksem 23.06.2008r. Odwołujący w dniu 26.06.2008r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujące Konsorcjum podniosło następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

- 1) Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), wykluczając Odwołujące Konsorcjum z udziału w postępowaniu, jako że nie wypełniło ono pola w załączniku nr 3 do oferty, w którym to polu miał być wskazany wykonawca, który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą, gdy tymczasem pole nie zostało wypełnione celowo, bowiem Odwołujące Konsorcjum będzie samo wykonywało dokumentację wykonawczą; jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, powinien je wyjaśnić w trybie przewidzianym przez art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych,
- 2) Odwołujące Konsorcjum wskazało, że zasadne jest wykluczenie z postępowania Pana Piotra Litwińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LITWIŃSKI TRANSPORT-SPRZĘT-BUDOWNICTWO, 33-312 Tęgoborze 160, bowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a także jego oferta winna by odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający oddalając protest, stwierdził, iż że SIWZ jednoznacznie wynikało, iż należy w zał. Nr 3 wskazać osobę, która będzie wykonywała dokumentację, a wykonawca, jeżeli sam nie posiada uprawnień do jej sporządzenia (brak uprawnień Zamawiający wywodzi z nie ujęcia ich w przedmiocie działalności opisanym w odpisach z KRS obu Konsorcjantów), to winien wskazać podmiot, który będzie je wykonywać. Ponadto wskazał, iż w proteście nie zawarto żądania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Odnośnie żądania wykluczenia z postępowania Pana Litwińskiego, wskazał, że informując pismem z dn. 5 czerwca 2008r. o wynikach postępowania, poinformował równocześnie o wykluczeniu Pana Litwińskiego z postępowania, dlatego uznał zarzut za bezzasadny.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, unieważnienie wykluczenia Odwołującego Konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 13.06.2008r. Firma Haller Sp. Akcyjna (zwana dalej, w części uzasadnienia dotyczącego sprawy sygn. akt KIO/UZP 637/08, Przystępującym) przystąpiła do protestu, a następnie – w dniu 09.06.2008., przed otwarciem posiedzenia – do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odnosząc się do zarzutu protestu, Przystępujący stwierdził, że słusznie Zamawiający wykluczenia Odwołującego Konsorcjum z postępowania, ponadto wskazał na inne podstawy wykluczenia, pominięte przez Zamawiającego.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 659/08

W dniu 12.06.2008r. Firma Haller S.A. 40-833 Katowice ul. Obroki 13 (zwany dalej, w części uzasadnienia dotyczącego sprawy sygn. akt KIO/UZP 659/08: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 23.06.2008r. poprzez jego uwzględnienie (pismo z dn. 20.06.2008r., przesłane Wykonawcy faksem 23.06.2008r.). Odwołujący w dniu 26.06.2008r. (listem poleconym) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, a w szczególności:

- 1)art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów, co doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania
- 2)wykluczenie go za niespełnienie warunku, który nie był postawiony jako minimalny
- 3)zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez WIKAR, mimo że do jej oferty załączono niewłaściwy projekt umowy oraz zadeklarowano, że dokumentację wykonawczą wykona podmiot trzeci, a Zamawiający nie dopuścił wykonywania umowy za pomocą podwykonawców,
- 4) podniesiono „niejasność” w dokumentach złożonych wraz z ofertą Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A. 03-199 Warszawa ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego i Mostowego ENERGOPOL S.A. (data podpisania formularzy do krs jest wcześniejsza, niż data notarialnego poświadczenia wzoru podpisu prokurenta).

Zamawiający protest uwzględnił w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w pozostałym zakresie protest oddalił.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty protestu i stwierdził, że wobec uwzględnienia protestu co do głównego zarzutu, protest winien być również uwzględniony co

do żądań – a mianowicie dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i odrzucenia oferty WIKAR, czego Zamawiający zaniechał (Zamawiający wobec zapowiedzi powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznał, że żądania te są przedwczesne), uznając za niepodlegającą odrzuceniu ofertę złożoną przez WIKAR Sp. z o.o., w której zadeklarowano, że dokumentację tą wykona podmiot trzeci, przy postanowieniu SIWZ iż przedmiot umowy należy wykonać samodzielnie.

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: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, ranking cenowy (na pierwszych czterech miejscach) przedstawiał się następująco:

1. Pan Litwiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LITWIŃSKI TRANSPORT-SPRZĘT-BUDOWNICTWO 33-312 Tęgoborze 160 (wykonawca został wykluczony z postępowania i nie oprotestował tej czynności),
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (wykonawcy wykluczeni przez Zamawiającego, złożyli środki ochrony prawnej – odwołanie sygn. akt KIO/UZP 637/08),
3. „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe sp. z o.o., 33-314 Łososina Dolna 108 (wykonawca złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą),
4. Firma Haller S.A. 40-833 Katowice ul. Obroki 13 (wykonawca wykluczony przez Zamawiającego, złożył środki ochrony prawnej – odwołanie sygn. akt KIO/UZP 659/08).

Zamawiający obu Odwołujących wykluczył na tej samej podstawie, stwierdzając, iż nie wykazali spełnienia warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, jako że Załącznik nr 3 do ich ofert w pkt. C nie zawiera wskazania podmiotu uprawnionego który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą. (ponadto FIRMA Haller SA została wykluczona w oparciu o inne podstawy).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie powyższych okoliczności stwierdził, iż obaj Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej,

ponieważ każdy z nich, w razie uwzględnienia podnoszonych zarzutów, zarówno dotyczących ich wykluczenia z postępowania, jak i odrzucenia ofert znajdujących się wyżej w rankingu cenowym, ma możliwość uzyskania zamówienia publicznego.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 637/08

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 10 Prawa zamówień publicznych, poprzez wykluczenie Odwołującego Konsorcjum z postępowania, jako że nie wskazał on podmiotu, który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą, należy stwierdzić, że jest on zasadny.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, uprawnień koniecznych do realizacji zamówienia nie można domniemywać w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia – przeciwnie, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wymienienia zamkniętego katalogu warunków udziału w postępowaniu (w tym – niezbędnych uprawnień) zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 7 Prawa zamówień publicznych), jak i w SIWZ (art. 26 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych), przy czym oczywiste jest, że warunki opisane w ogłoszeniu i w SIWZ muszą być tożsame. Pole C w załączniku nr 3 do oferty należy wobec tego traktować wyłącznie informacyjnie – można było je wypełnić, lecz nie było takiego wymogu, ponieważ Zamawiający nie określił w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu (ani dokumentu potwierdzającego spełnienie takiego warunku).

Ponadto, z postanowień SIWZ wynikało, że przedmiotu zamówienia nie można wykonywać przy pomocy podwykonawców (pkt 5 str. 4 SIWZ). W odpowiedzi z dn. 02.05.2008r. (w aktach sprawy) na pytanie jednego z wykonawców odnośnie rozbieżności SIWZ w zakresie możliwości wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców (w projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ - w pierwotnym brzmieniu - przewidywano powierzenie robót specjalistycznych podwykonawcom), Zamawiający rozstrzygnął dwuznaczność SIWZ w taki sposób, iż wykreślił z projektu umowy postanowienia przewidujące podwykonawców, zatem jednoznacznie przesądził, że przedmiot zamówienia należy wykonać samodzielnie.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, iż stanowisko Zamawiającego, iż skoro wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu (nie są w stanie samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia), powinni zaproponować w polu C załącznika nr 3 do oferty podmiot, który takie warunki spełnia – jest nie do przyjęcia na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych, albowiem wyłącznie wykonawcę (a nie – podmiot trzeci) ocenia się w danym postępowaniu pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, ze względu na brak określenia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do uprawnień do wykonywania dokumentacji wykonawczej, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 Prawa zamówień publicznych uznano za zasadny, wobec czego **Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym zakresie.**

Drugi zarzut, dotyczący wykluczenia Pana Litwińskiego z postępowania i odrzucenia jego oferty, nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca, co prawda w zakresie tego zarzutu w ogóle nie wykazał czy ma interes prawny, jednak istnienie – bądź nie – interesu prawnego Izba bada z urzędu, i w okolicznościach niniejszego postępowania, skład orzekający Izby uznał, iż Wykonawca w momencie składania protestu miał jeszcze interes prawny we wskazaniu innej podstawy wykluczenia i odrzucenia, niż podał Zamawiający w decyzji z dn. 05.06.2008r., ponieważ dopóki wykluczenie nie stało się prawomocne, Zamawiający mógł powtórzyć czynność badania i oceny ofert i w zakresie badania oferty Pana Litwińskiego uznać, że jednak spełnia warunki udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji protest Odwołującego w zakresie omawianego zarzutu można byłoby uznać za złożony niejako z ostrożności procesowej – ponieważ wskazuje prawidłowe (a zasadniczo – dodatkowe, nie wzięte pod uwagę przez Zamawiającego), zdaniem Odwołującego, podstawy wykluczenia Wykonawcy, którego oferta jest tańsza od oferty wnoszącego środki ochrony prawnej. Jednak twierdzenie o posiadaniu interesu prawnego w tym zakresie nie jest zasadne na etapie odwołania, bowiem decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Pana Litwińskiego z postępowania stała się już prawomocna. Poza tym spostrzeżenia Odwołującego dotyczące oferty złożonej przez Pana Litwińskiego są bardzo ogólnikowe, Odwołujący nie wskazał, jakiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych Zamawiający miałby się dopuścić, nie uwzględniając podstaw wykluczenia wskazanych przez Odwołującego. Wobec powyższego, zarzut nie był rozpatrywany przez Izbę, jako nie spełniający przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przystępujący na rozprawie podnosił, rozwijając stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, iż protest Odwołującego jest wadliwy formalnie, ponieważ mimo obszernego wywodu dotyczącego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie zawarto takiego żądania w petitum protestu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jest to zarzut nietrafny, bowiem nie ma dla rozstrzygnięcia zarzutu znaczenia, czy wnoszący środki ochrony prawnej prawidłowo powiązał zarzuty z żądaniami.

Izba nie badała również nowych przesłanek, na które wskazywał Przystępujący, a które miałyby według niego skutkować wykluczeniem Odwołującego Konsorcjum z postępowania,

ponieważ wykraczały poza granice przystąpienia – niektóre z wymienionych tamże zarzutów stały się zresztą jednymi z zarzutów samodzielnie wniesionego protestu, w wyniku rozstrzygnięcia którego następnie wniesiono odwołanie, rozpatrywane pod sygn. akt KIO/UZP 659/08.

Wobec powyższych okoliczności (uwzględnienia jednego z podniesionych zarzutów), Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO/UZP 637/08.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 659/08

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że wobec uznania przez Zamawiającego zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie podtrzymuje zarzutu wykluczenie go za niespełnienie warunku, który nie był postawiony jako minimalny, w związku z czym zarzut ten nie był rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących nie odrzucenia Wikar Sp. z o.o., mimo iż do jej oferty załączono projekt umowy niezgodny z postanowieniami projektu po zmianach, Izba uznała, że zarzut ten nie jest zasadny. Zgodnie z informacją zawartą w SIWZ, str. 9 pkt. 14, do oferty należało dołączyć „podpisany lub zaparafowany projekt umowy”. Zamawiający po dokonaniu modyfikacji postanowień projektu umowy w pierwotnym brzmieniu nie przekazał wykonawcom ujednoczonego tekstu projektu umowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że załączenie projektu umowy do oferty, w jakiegokolwiek formie, bądź nie załączenie go wcale, nie miało żadnego wpływu na ocenę, czy oferta podlega odrzuceniu. Ocenie podlega bowiem zgodność treści oferty z treścią SIWZ, a nie forma załączenia projektu umowy (tj. czy wprowadzono do tekstu zmiany, sposób akceptacji formularza). Jeżeli Zamawiający skutecznie dokonał modyfikacji SIWZ, w tym postanowień projektu umowy, wiąże ona wykonawców składających ofertę, chyba że jednoznacznie wyrażą, że nie zgadzają się na dokonane modyfikacje czy skonkretyzowane postanowienia.

W konsekwencji, w ocenie Izby, żądanie załączenia do oferty projektu umowy, który stanowi integralną część SIWZ, jest naruszeniem art. 25 ust. 1 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych, bowiem nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania wobec czego niezłożenie takiego dokumentu nie ma wpływu na ważność postępowania i zarzut w tym zakresie należało oddalić.

Natomiast drugi zarzut wobec oferty złożonej przez Wikar Sp. z o.o. skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał za zasadny. W załączniku nr 3 do oferty złożonej przez

Wikar Sp. z o.o. (w aktach sprawy) zadeklarowano, iż wykonawca wykona przedmiot zamówienia przy pomocy podmiotu trzeciego (HYDROPROJEKT Warszawa Sp. z o.o.), wbrew wyraźnemu zakazowi w SIWZ. Zamawiający twierdził, że zakaz ten nie może mieć zastosowania, bowiem jest niezgodny z przepisami Prawa zamówień Publicznych, wobec czego wykonawcy nie byli zobowiązani do stosowania się do niego.

Pogląd Zamawiającego jest jednak nietrafny – zgodnie z art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. W SIWZ badanej przez izbę Zamawiający jednoznacznie postanowił, że wykonawca winien samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia – czyli żadna część przedmiotu zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Taki wymóg jest dopuszczalny przez Prawo zamówień publicznych, i nie został skutecznie oprotestowany przez wykonawców na etapie postępowania przed składaniem ofert.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Wikar Sp. z o.o., mimo iż zadeklarowano w niej wbrew zakazowi Zamawiającego wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę, **i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w tym zakresie.**

Zarzut podnoszony przez Odwołującego wobec oferty złożonej przez Konsorcjum, nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie stwierdziła, aby rozbieżność w datach pomiędzy datą podpisania wniosku do KRS a datą na poświadczeniu wzoru podpisu prokurenta miała jakiegokolwiek znaczenie czy to dla ważności udzielenia prokury, czy dla ważności samego wniosku do KRS, czy wreszcie – dla sytuacji prawnej Konsorcjum w postępowaniu. Data podpisania wniosku nie ma żadnego znaczenia w sensie prawnym, istotna jest tylko data złożenia wniosku. Jednak nawet, gdyby data potwierdzenia wzoru podpisu była późniejsza, niż data złożenia wniosku, to również nie miałyby to znaczenia – chociażby z tego powodu, że wzór podpisu można uzupełnić na wezwanie sądu. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że wobec powołania prokurenta, i załączenia odpisu z KRS nie zawierającego wskazania prokurenta, załączony odpis z KRS nie jest aktualny w sensie zgodności ze stanem faktycznym, Izba stwierdziła, że wymóg aktualności (par. 1 ust. 1 pkt 2 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. z dnia 24 maja 2006 r.)) odnosi się wyłącznie do daty jego wystawienia. Gdyby za trafny przyjąć pogląd przeciwny, nie można byłoby dopuścić do udziału w postępowaniu żadnego wykonawcy, który jest w trakcie dokonywania zmian w rejestrze. Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko, Izba zarzut ten oddaliła.

Wobec powyższych okoliczności (uwzględnienia jednego z podniesionych zarzutów), Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO/UZP 659/08.

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

Na podstawie art. 191 ust. 4 Prawa zamówień publicznych Izba wydała orzeczenie łączne w sprawach KIO/UZP 637/08 oraz KIO/UZP 659/08.

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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....