

Sygn. akt: KIO/UZP 5/10

POSTANOWIENIE
z dnia 25 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 22 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., MSF-Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 94-112 Łódź, ul. Bratysławska 52** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 18 grudnia 2009r

przy udziale **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. (Lider), Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., MSF-Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów**

**Sp. z o.o., Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 94-112 Łódź,
ul. Bratysławska 52,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., MSF-Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 94-112 Łódź, ul. Bratysławska 52,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 35556 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., MSF-Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 94-112 Łódź, ul. Bratysławska 52,**

Uzasadnienie

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę autostrady A-4 Tarnów-Rzeszów na odcinku od węzła Rzeszów Centralny do węzła Rzeszów Wschód km około 574+300 do około 581+250.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 10.12.2009 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” SA, MSF - Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS SA, MSF Polska Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (oferta

najtańsza) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy jako ofertę złożoną przez podmiot niezaproszony do składania ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A.

PROTEST

W dniu 18.12.2009 r. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” SA., MSF - Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. złożyło protest wobec ww. czynności zamawiającego, wnosząc o unieważnienie odrzucenia jego oferty oraz o wykluczenie wykonawcy wybranego z postępowania.

Protestujący domagając się przywrócenia jego oferty do postępowania, wskazał, iż zamawiający błędnie ocenił stan faktyczny zaistniały w postępowaniu. Podniósł, iż ofertę oznaczoną jako oferta składana przez pięć podmiotów w rzeczywistości złożyło tylko cztery podmioty, te same które złożyły wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu – osoba podpisująca ofertę miała umocowanie do działania jedynie w imieniu czterech podmiotów tworzących Konsorcjum w pierwotnym składzie (Pełnomocnik konsorcjum, Mosty Łódź S.A. działał na podstawie pełnomocnictw wystawionych przez współkonsorcjantów w dniu 10.04.2009 r i wystawiając pełnomocnictwo z dnia 09.11.2009 r dla osoby podpisującej ofertę nie mógł udzielić pełnomocnictwa w imieniu podmiotu, który w skład Konsorcjum nie wchodził i w którego imieniu do działania nie był umocowany). Wpisanie do formularza ofertowego piątego podmiotu (MSF Sp. z o.o.) było więc zwykłą pomyłką.

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 23.12.2009 zamawiający ww. protest w całości oddalił wskazując, iż przyjęcie, że ofertę złożył podmiot inny niż został oznaczony w formularzu ofertowym jest niemożliwe. Zamawiający skierował zaproszenie do złożenia ofert do podmiotów, których spełnianie warunków udziału w postępowaniu zweryfikował i w zgodzie z zastosowanymi przepisami ustawy nie mógł dopuścić aby ofertę w postępowaniu złożył inny podmiot. A właśnie inny skład konsorcjum oznaczony został wyraźnie w formularzu ofertowym.

Ponadto zamawiający podniósł, iż sytuacja ciągu i zakresu umocowań zachodząca przy złożeniu niniejszej oferty nie była dlań jasna – pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę wystawił lider konsorcjum we własnym imieniu nie zaznaczając, iż działa w imieniu i na rzecz innych podmiotów. Natomiast jakiegokolwiek braki pełnomocnictw w przypadku nieodrzućcia oferty podlegałyby sanacji na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, tym samym chybione jest posługiwanie się argumentem odwołującym się do braku umocowania osoby podpisującej ofertę – możliwe w tym zakresie byłoby uzupełnienie pełnomocnictwa. Ponadto konsorcjum

w składzie podanym w ofercie jest również zleceniodawcą gwarancji bankowej przedłożonej w charakterze wadium.

ODWOŁANIE

W dniu 30.12.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od oddalenia jego protestu, gdzie powtórzył i podtrzymał jego zarzuty i argumentację.

Odwołujący podkreślił, iż przyjąć należy, że ofertę w postępowaniu złożyły te same podmioty, które złożyły wniosek w niniejszym postępowaniu, a wpisanie do formularza ofertowego podmiotu dodatkowego należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy, która dodatkowo nie ma żadnego wpływu na treść oferty, tj. zakres zobowiązania w ofercie wyrażony.

Odwołujący wskazał, iż nigdy nie było jego intencją i zamiarem ubieganie się o udzielenie zamówienia z MSF Sp. z o.o., natomiast wystawiona gwarancja bankowa zachowuje swoją moc i ważność w stosunku do czterech podmiotów w rzeczywistości składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu (przedłożony dowód: Oświadczenie Banku Pekao S.A.).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Do składania ofert w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zaproszone zostało Konsorcjum w składzie:

1. Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A.,
2. MSF-Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO S.A.,
3. Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o.,
4. Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Następnie w postępowaniu wpłynęła oferta oznaczona w formularzu ofertowym jako składana przez Konsorcjum w składzie (w imieniu i na rzecz):

1. Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A.,
2. MSF-Moniz DA MAIA, SERRA & FORTUNATO S.A.,
3. MSF Sp. z o.o.,
4. Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o.,
5. Rejon Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Ww. pięć podmiotów zostało również wskazane jako składające ofertę w Załączniku do oferty (Formularz 2.1).

Także poręczenie wadium wystawione w dniu 09.11.2009 r. przez PeKaO S.A. jako wadium zabezpieczało ofertę ww. podmiotów (Konsorcjum w składzie pięciu ww. spółek), literalnie wymienionych w treści gwarancji oraz określonych łącznie mianem „Wykonawcy”, tj. wskazywano, że poręczenie jest ważne tylko w stosunku do oferty złożonej przez Wykonawcę w dniu 10.11.2009 r. (w przedmiotowym przetargu).

Wyżej wymieniona oferta została podpisana przez p. Wojciecha P.

Do oferty załączono pełnomocnictwo z dnia 09.11.2009 r. dla wyżej wymienionego wystawione przez spółkę Mosty-Łódź upoważniające m.in. do podpisania oferty w imieniu wystawcy. W treści pełnomocnictwa brak jakiegokolwiek informacji, iż wystawca działa w imieniu innych podmiotów, tzn., że przenosi dalej umocowanie, które od nich posiada.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W ocenie Izby podmiotem uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej związanych z zabezpieczeniem wyboru jego oferty, tj. uzyskania przezeń zamówienia publicznego jest wykonawca, który bierze udział w danym etapie postępowania, czyli podmiot składający ofertę, a nie wykonawca, który np. na etapie pytań do siwz czy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu był wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, a następnie swojej oferty nie złożył.

Z punktu widzenia przyjęcia odwołania do rozpoznania, czyli ustalenia występowania okoliczności warunkujących jego odrzucenie, koniecznym stało się rozstrzygnięcie i ustalenie tożsamości podmiotowej odwołującego a składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tym samym odrzucenie niniejszego odwołania z uwagi na powyższe dotyczy ustaleń tożsamyh do związanych z odrzuceniem oferty odwołującego przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – uznaje się i wywodzi w tym przypadku, że odwołujący oferty w niniejszym postępowaniu nie złożył, a oferta, która do zamawiającego wpłynęła była ofertą złożoną przez Konsorcjum w innym składzie, którego do składania ofert zamawiający nie zapraszał. Odrzucenie odwołania, tak jak odrzucenie oferty również opiera się więc na zidentyfikowaniu i wskazaniu podmiotu, który w rzeczywistości wniósł ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Realizując powyższe, Izba oceniła, iż odwołujący nie jest tym samym podmiotem, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący *de facto* broni więc i domaga się przywrócenia do postępowania cudzej oferty.

Uzasadniają powyższą konstatację w przedmiocie ustalenia i identyfikacji wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, skład orzekający Izby wskazuje, iż w świetle całokształtu informacji, które wpłynęły do zamawiającego wraz z ofertą, w tym przede wszystkim wielokrotnego oznaczenia strony czynności na piśmie, w dokumentach do niej załączonych, nie sposób oferty oznaczonej jako składana przez konsorcjum w składzie pięciu podmiotów wskazanych wyżej w uzasadnieniu niniejszego postanowienia, uznać za ofertę składaną faktycznie przez odwołującego, tak jak sam zainteresowany postuluje i to wywodzi.

Wykonawcą składającym ofertę (w znaczeniu złożenia oświadczenia woli, którego skutkiem jest przyjęcie określonego zobowiązania, a nie czynności technicznej jego wytworzenia czy przedłożenia) jest więc wykonawca (wykonawcy), wskazany przez osobę podpisującą ofertę w formularzu ofertowym. W samej ofercie oraz załączonych do niej dokumentów brak jakichkolwiek poszlak, które pozwoliłyby ustalić i przyjąć, że jest to oferta składana przez podmioty inne aniżeli wymienione w formularzu ofertowym. Przeciwnie, wyraźnie i konsekwentnie jako wykonawcę składającego ofertę w niniejszym przetargu wskazuje się konsorcjum w składzie pięciu spółek – zarówno w samym formularzu ofertowym, załączniku do oferty, jak i w gwarancji wadialnej (*vide*: ustalenia Izby). Natomiast załączone do oferty pełnomocnictwo, na które odwołujący się powołuje, nie niesie żadnych informacji w przedmiocie rzeczywistych stron czynności, w szczególności pozwalających wykluczyć, iż oferta jest składana przez podmioty inne niż podmioty w niej wskazane. Nie wskazano tam np. w imieniu jakich podmiotów działa spółka wystawiająca pełnomocnictwo. Jak słusznie wskazał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jest jak najbardziej możliwe i prawdopodobne, że podpisujący ofertę na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uzupełniłby i wylegitymował się pełnomocnictwami od wszystkich podmiotów, w imieniu których składał ofertę.

Izba wskazuje, iż skorygowanie czy ustalenie podmiotu w rzeczywistości składającego ofertę, w stosunku do jego oznaczenia w formularzu ofertowym, nie jest z góry wykluczone i jako takie mogłoby dokonać się w oparciu o art. 65 Kodeksu cywilnego. Jednakże wymagałoby to oparcia się na informacjach i okolicznościach wynikających i przesądzających powyższe dostępnych i wynikających z samej oferty czy materiałów do niej załączonych. Tymczasem w przedmiotowej sytuacji, uzasadniając konieczność pominięcia przy ocenie skutków prawnych związanych ze złożeniem oferty jednego podmiotu (MSF Sp. z o.o.) wymienionego wyraźnie i wielokrotnie wśród podmiotów składających ofertę, można odwołać się jedynie do ogólnego poczucia sensu i zakładanej racjonalności, którą generalnie powinien kierować się składający ofertę, tzn. należałoby przyjąć, iż skoro wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło konsorcjum w określonym składzie, to ze względu na całokształt regulacji ustawowych (np. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy) konsekwentnie

konsorcjum takie powinno złożyć ofertę. Wnioskowania tego typu obarczone są jednak zbyt wielką ilością błędów logicznych. Zakładanie racjonalności ludzkiej (np. czy to po stronie mocodawców, czy pełnomocników) jako dowodu na wystąpienie określonych faktów z działalnością ludzi związanych, jest niestety nieuprawnione.

W kontekście powyższego skład orzekający Izby podnosi, iż przychyliła się do tezy zawartej w powoływanym w odwołaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2009 r. KIO/UZP 1099/09, według której „źródło wiedzy o składzie Konsorcjum stanowi nie tylko formularz oferty, ale również pozostałe złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty” – wskazuje jednak, że informacji na temat rzeczywistego składu konsorcjum w pozostałych złożonych wraz z ofertą oświadczeniach i dokumentach w przedmiotowym przypadku po prostu zabrakło.

Ponadto Izba wyjaśnia, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, oznaczanie składających ofertę podmiotów nie jest jakkolwiek omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp. Powołany przepis odnosi się do poprawiania treści oferty, a nie ustalania kręgu podmiotów z niej zobowiązanych.

Na marginesie uzasadnienia Izba wskazuje, iż jakkolwiek w profesjonalnym obrocie czy przy wykonywaniu sformalizowanych, regulowanych w Pzp czynności wymagane jest dołożenie należytej staranności, to oczywiście błędy czy pomyłki ludzkie są nieuniknione i poniekąd naturalne. Jednakże w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uchylenie się od skutków takiego błędu możliwe jest tylko w przypadkach, gdy przewidują to odpowiednie przepisy prawa, w przeciwnym razie konieczne jest poniesienie jego konsekwencji.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy zwracając odwołującemu nadwyżkę wpłaconego wpisu – wniesionego w kwocie 40000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....