

Łódź, dnia 30 kwietnia 2009 r.

BL.III.3411-01/09/21

Wykonawcy uczestniczący w przetargu nieograniczonym na „wybór Wykonawcy komunalnych budynków wielorodzinnych nr 1 i 2 wraz z niezbędną infrastrukturą na osiedlu Olechów Południe w Łodzi - przedsięwzięcie II, etap 1”.

dotyczy : przetargu nieograniczonego WBZP 13/2009-03-03, poz. 37

Działając na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223/07, poz. 1655 z późn. zm.) zawiadamiam, że do Zamawiającego wpłynął protest na czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu Konsorcjum firm MILMA – BUDIMUS z postępowania przetargowego na „**wybór Wykonawcy komunalnych budynków wielorodzinnych nr 1 i 2 wraz z niezbędną infrastrukturą na osiedlu Olechów Południe w Łodzi - przedsięwzięcie II, etap 1**” i odrzuceniu oferty w/w Konsorcjum. W związku z powyższym Zamawiający przekazuje kopię protestu wniesionego w dniu 29.04.2009 r. przez Konsorcjum firm: MILMA Zygmunt Matusiak, Andrzej Milczarek S.J. 95-100 Zgierz, ul. Boruty 14 i Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „BUDIMUS” Słoma Mieczysław S.J. 99-300 Kutno, ul. Jagiellońska 4 i wzywa do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w związku z wniesionym protestem.

Z uwagi na fakt, że protest powyższy został wniesiony po terminie składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Jednocześnie stosownie do zapisów art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych informuję, że uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu staną się Wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy w terminie 3 dni od otrzymania niniejszego wezwania przystąpią do postępowania.

W przystąpieniu, zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca winien wskazać swój interes prawny i określić swoje żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście oraz przekazać jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.

p.o. DYREKTORA
Wydziału Budynków i Lokali
mgr inż. Hana Podwysocka

Poniżej treść protestu:

pn, III
28.04.2009
Podpis

Kutno, dn. 29.04.2009 r

Konsorcjum firm:

MILMA
Zygmunt Matusiak, Andrzej Milczarek S.J.
ul. Boruty 14
95-100 Zgierz

Przedsiębiorstwo
Produkcyjno-Usługowo-Handlowe
„BUDIMUS” Słoma Mieczysław Sp.j.
ul. Jagiellońska 4
99-300 Kutno

Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi
ul. Piotrkowska 104
90-926 Łódź
Wydział Budynków i Lokali UME

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego publicznego trybie przetargu nieograniczonego na wybór Wykonawcy komunalnych budynków wielorodzinnych nr 1 i 2 wraz z niezbędną infrastrukturą na os. Olechów Południe w Łodzi – przedsięwzięcie II ,etap I

Składamy w załączeniu protest na wykluczenie oferty Konsorcjum firm
MILMA – BUDIMUS z postępowania przetargowego (Wasze pismo nr BL.III.3411-01/09/16
z dnia 22 kwietnia 2009 r)
Protest z dnia 29.04.2009 r zawiera 11 stron maszynopisu .



WSPÓŁWŁAŚCICIEL
P.O. W. „BUDIMUS” SP.J.
Słoma Mieczysław

MILMA Sp. z o.o.
WSPÓŁWŁAŚCICIEL
Zygmunt Matusiak

Kutno, 29.04.2009 r.

Konsorcjum firm:

M I L M A
Zygmunt Matusiak, Andrzej Milczarek
SPÓŁKA JAWNA
95-100 Zgierz, ul. Boruty 14
tel./0-42/ 714-02-27, 714-01-36
NIP-732-114-53-26 REGON 471139173

Zamawiający:

Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi
ul. Piotrkowska 104
90-926 Łódź

Prowadzący postępowanie:

Wydział Budynków i Lokali UML
ul. Piotrkowska 104
90-926 Łódź

PRZEDSIĘBIORSTWO
PRODUKC.-USŁUG.-HANDLOWE
"BUDIMUS" sp.j.
99-300 KUTNO, ul. Jagiellońska 4
tel./fax 254-66-21, NIP 775-001-57-94

PROTEST

dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór Wykonawcy komunalnych budynków wielorodzinnych nr 1 i 2 wraz z niezbędną infrastrukturą na oś. Olechów Południe w Łodzi – przedsięwzięcie II, etap 1 - Nr sprawy BL.III.3411-01/09

Mając na uwadze czynność Zamawiającego polegającą na ewentualnym wyborze oferty, wykluczeniu wykonawcy (Konsorcjum) oraz odrzuceniu oferty wykonawcy (Konsorcjum), wraz z zaniechaniem wezwania do uzupełniania oferty MILMA Zygmunt Matusiak, Andrzej Milczarek Sp. J. z siedzibą przy ul. Boruty 14 w Zgierzu (95-100 Zgierz) oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „BUDIMUS” Słoma Mieczysław Sp. J. z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 4 w Kutnie (99-300 Kutno), łącznie jako konsorcjum zwanych „Protestującą” lub „Konsorcjum”, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór Wykonawcy komunalnych budynków wielorodzinnych nr 1 i 2 wraz z niezbędną infrastrukturą na oś. Olechów Południe w Łodzi – przedsięwzięcie II, etap - Nr sprawy BL.III.3411-01/09 oraz inne wskazane czynności Zamawiającego podjęte w tym postępowaniu (pismo Zamawiającego datowane na dzień 22.04.2009 r. doręczone do lidera Konsorcjum faksem w dniu 23.03.2009 r.), w imieniu tegoż Konsorcjum, stwierdzam, że interes prawny Konsorcjum w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w omawianym zakresie doznał uszczerbku i z tych powodów, na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 129, poz. 177 z późniejszymi zmianami; dalej: PZP), składam protest.

Ocena ofert w przedmiotowym postępowaniu, ewentualna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (jeżeli została dokonana) jak też wykluczenie Protestującej i odrzucenie oferty Protestującej, wraz z zaniechaniem dokonania uzupełniania oferty Protestującej, zostały dokonane z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 i 2 ustawy PZP, a jednocześnie narażają Protestującą na poniesienie wymiernej straty finansowej.

Z tych powodów Protestująca wniosła:

1. o uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Protestującej z postępowania;
2. o uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Protestującej z postępowania;
3. o ewentualnie o dokonanie przez Zamawiającego uzupełniania oferty Protestującej w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP;
4. o uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na ewentualnym wyborze innej oferty w postępowaniu, jeżeli Zamawiający dokonał takiej czynności;
5. o dokonanie w postępowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich ofert nieodrzuconych, złożonych przez niewykluczonych wykonawców, tj. o dokonanie wyboru oferty Protestującej.

UZASADNIENIE

Analizując przebieg przeprowadzonego postępowania przetargowego należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał w sposób wadliwy wymienionych powyżej czynności.

Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał m.in. 24 ust. 1 pkt 10 oraz 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I.

Przede wszystkim należy podnieść, iż czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Protestującej i odrzuceniu oferty Protestującej jest czynnością przedwczesną, a jako taka jest czynnością obciążoną wadą i powinna zostać uchylona.

W decyzji z 22.04.2009 r. (pismo Zamawiającego datowane jest na ten dzień, jednak zostało doręczone Konsorcjum faksem w dniu 23.04.2009 r.) Zamawiający poinformował, iż wykluczył Protestującą oraz odrzucił ofertę Protestującej w postępowaniu, z uwagi na szereg braków w tejże ofercie. W skrócie w ocenie Zamawiającego były to następujące braki:

- a) brak polisy OC dla jednego z uczestników konsorcjum - BUDIMUS,
- b) brak pełnego sprawozdania finansowego wraz z badaniem dla uczestników konsorcjum - MILMA i BUDIMUS,
- c) brak wskazania osoby z uprawnieniami do kierowania robotami w zakresie w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, gazowych.

Następnie Zamawiający stwierdził, iż:

„Dokumenty i oświadczenia wymienione w punktach 1 i 2 podlegałyby wprowadzie uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...), ale z uwagi, na brak wymaganego dokumentu ubezpieczenia Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego „BUDIMIUS” Słoma Mieczysław Sp. J. Zamawiający nie wezwał do ich uzupełnienia, bowiem oferta i tak podlega odrzuceniu”.

Z takim stwierdzeniem Konsorcjum nie może się zgodzić. Zamawiający oczywiście winien dokonać wezwania do uzupełniania oferty Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, tak w zakresie ewentualnych braków pełnego sprawozdania finansowego wraz z badaniem (o ile badanie jest konieczne w myśl przepisów o rachunkowości dla firm MILMA i BUDIMUS), jak w zakresie braku wskazania osoby z uprawnieniami do kierowania robotami w zakresie w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, gazowych. Jednak Zamawiający winien dokonać uzupełnienia, o ile za niewystarczające uznałby dokumenty polisy OC przedłożony już w ofercie Konsorcjum), także do uzupełniania:

- a) polisy OC jednego z uczestników konsorcjum - BUDIMUS.

Z ostrożności proceduralnej jedynie Protestująca wskazuje, iż dokument jakim jest polisa OC jest dokumentem, w stosunku do którego Zamawiający ma obowiązek zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Dlatego Zamawiający winien dokonać wezwania Protestującej do przedłożenia prawidłowej polisy OC. Zgodnie bowiem z tym przepisem, Zamawiający ma obowiązek dokonać wezwania w zakresie wszystkich brakujących dokumentów wymienionych co do rodzaju w art. 25 ust. 1 ustawy PZP. Tymi „uzupełnialnymi” dokumentami są zaś:

„Art. 25. 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,*
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego*

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.”

Jeśli zatem przedłożenie polisy OC „w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia” (pkt 4.4b SIWZ) stanowiło jeden z „warunków udziału w postępowaniu” (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP), to nieuzasadnione jest zaniechanie Zamawiającego w zakresie wezwania do uzupełniania tegoż dokumentu przez Konsorcjum. Tym samym błędne jest oparcie braku wezwania do uzupełnienia innych dokumentów przez Konsorcjum, na przesłance braku polisy OC w ofercie Konsorcjum.

II.

Być może Zamawiający opierał się w swoim przekonaniu, czego jednak niestety nie zawarł na piśmie, na przekonaniu, iż skoro Konsorcjum przedłożyło dwie polisy OC, z czego jedna – dla uczestnika BUDIMUS – w ocenie Zamawiającego nie spełniła wymagań podmiotowych SIWZ, to nie ma tu zastosowania przepis zamieszczony w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Takie stanowisko, jeśli słusznie domyśla się go Konsorcjum, nie jest uzasadnione. Konsorcjum znany jest taki kierunek myślenia objawiający się wśród niektórych uczestników rynku zamówień publicznych, jednak w sposób kategoriyczny negatywnie rozprawiło się z nim aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej, orzecznictwo KIO oparte jest na stanowczych poglądach sądów. Wypada w tym miejscu przywołać m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1070/08), gdzie wskazano m.in.:

„Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO. Wyrok KIO z dnia 11.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1399/07: „Treść art. 26 ust. 3 pzp wbrew stanowisku reprezentowanemu przez odwołującego w proteście i odwołaniu, uległa zmianie po dniu 11 czerwca 2007 r. Przepis ten donosi się obecnie nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia ale także do jego merytorycznej treści, ustawodawca bowiem w drugiej części tego przepisu po średniku zawarł dyrektywę interpretacyjną przepisu stanowiącą „(...) oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, (...)”.

Z tego zapisu wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym. Ratio legis ustawodawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach. Przeciwna interpretacja przepisu doprowadziłaby do nielogicznego wnioskowania, że lepiej jest nie złożyć dokumentu, niż złożyć dokument, choćby błędny. Takie założenie byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 pzp.”.

Wyrok KIO z dnia 13.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 531/08: „(...) przedłożenie nowych dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie, tj. innych od tych przedłożonych pierwotnie mieści się w granicach stosowania określonych dla art. 26 ust. 3 Pzp po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r. (.....) Przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. uzupełnienie dokumentu, z którego wynikało, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku było niemożliwe, co skutkowało wykluczeniem z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem z mocy prawa jego oferty. W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wykonawcę, który wprawdzie złożył żądany dokument, ale nie potwierdza on spełniania warunku (J. Sadowy, Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s.135, patrz także: Odpowiedzi na pytania zgłaszane przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. – odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez miasto Łódź, strona internetowa UZP). Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/07), jak również w orzeczeniach KIO: Wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 04/08, czy też Wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08.”.

Jeśli zatem cytując w/w wyrok KIO „wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym” to właśnie bezsprzecznie należy uznać, iż Zamawiający ma obowiązek dokonać wezwania do uzupełniania oferty Konsorcjum, jeśli co prawda w ofercie złożono polisę OC, ale polisa ta jest wystawiona na niższą kwotę niż wymagało tego SIWZ dla „potwierdzenia warunku”. Taki dokument jest bowiem „dokumentem niepotwierdzającym warunków” w postępowaniu, a zatem „jest dokumentem błędnym”, co skutkuje koniecznością przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pewnej pikanterii sprawie dodaje fakt, iż powyższe stanowisko to odpowiedź ekspertów

prawnych Urzędu Zamówień Publicznych na pytanie zgłoszone właśnie przez Miasto Łódź. Zaskakujące jest dlaczego po uzyskaniu tejże odpowiedzi, Miasto Łódź nie stosuje uzyskanej od UZP wiedzy w toku przeprowadzanych procedur o zamówienie publiczne, a ponadto dlaczego postępuje wręcz odmiennie...

III.

Ponadto Konsorcjum musi zaoponować przeciwko stanowisku, jakoby spełnienie warunku dotyczącego wymogu przedłożenia:

„b). polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę co najmniej 2,0 mln PLN, ważny co najmniej do końca okresu związania ofertą”

w myśl SIWZ „dotyczyło każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie od udzielenie zamówienia”. Taki obowiązek, wbrew kategorycznemu stwierdzeniu Zamawiającego zawartemu w piśmie z 22.04.2009 r., wcale nie wynika z SIWZ. Zdanie o treści:

„W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie.”

zostało bowiem zamieszczone pod podpunktami 1, 2 i 3 w punkcie 4 SIWZ zatytułowanym „Lista wymaganych dokumentów i oświadczeń, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, słusznie nie ma go natomiast pod podpunktem nr 4, gdzie wskazano obowiązek złożenia polisy OC.

W celu zbadania zasadności wniosków Zamawiającego, należy przeanalizować istotę żądania zawartego przez Zamawiającego w pkt 4.4b SIWZ. Przedłożenie polis OC następowało bezsprzecznie „w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”. Prawdopodobnie, taki jest bowiem jedyny możliwy sens żądania polisy OC, Zamawiający chciał jako inwestor zostać zabezpieczony przed ewentualnymi negatywnymi dla niego następstwami zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, w tym wypadku z Konsorcjum. Posiadanie polisy o odpowiedniej sumie gwarancyjnej, tu 2.000.000 zł, powoduje, iż w razie wyrządzenia szkody przez wykonawcę do tej wysokości, w sposób pewniejszy i łatwiejszy Zamawiający uzyska odszkodowanie, gdyż odszkodowanie to zapłaciłby zakład ubezpieczeń, a nie sam wykonawca. Ponieważ zakład ubezpieczeń działa na rynku regulowanym i ściśle nadzorowanym, mniejsze jest hipotetyczne ryzyko np. niewypłacalności czy też upadku takiego „gwaranta” niż samego przedsiębiorcy budowlanego.

W przedmiotowej sytuacji jest bezsprzeczne, iż Konsorcjum złożyło polisę na wymaganą przez Zamawiającego kwotę 2.000.000 zł. Zatem w przypadku wyboru oferty Konsorcjum i ewentualnego wyrządzenia szkody, Zamawiający będzie mógł, zgodnie z zamierzeniami, łatwo uzyskać odszkodowanie z tytułu odpowiedzialności cywilnej z tytułu polisy przedłożonej dla firmy MILMA. Zamawiający w decyzji stwierdzającej, iż konieczne jest przedłożenie polis dla każdego z wykonawców, gdyż obowiązek „dotyczył każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie od udzielenie zamówienia” po pierwsze powołuje się na przekonanie niewynikające z SIWZ, ale po drugie zapomina całkowicie o wynikającej z mocy prawa solidarnej odpowiedzialności wykonawców tworzących konsorcjum, „za wykonanie umowy”. Art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem:

„Art. 141. Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”

Twierdząc obecnie, iż wymóg zoczenia polisy OC „dotyczył każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie od udzielenie zamówienia” Zamawiający godzi w ustawowy cel dopuszczania do uzyskiwania zamówień przez wykonawców działających łącznie. Istotą konsorcjów jest bowiem łączne spełnienie wymagań podmiotowych stawianych w SIWZ, a nie spełnienie wysokich wymagań SIWZ pojedynczo, przez każdego z wykonawców. Takie rozumienie przepisów powodowałoby, iż bezcelowe byłoby tworzenie konsorcjów.

Zarzut Konsorcjum wyrażany w niniejszym proteście znów potwierdza bogate orzecznictwo tak Zespołu Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej:

a) **2005.01.20 wyrok ZAUZP UZP/ZO/0-43/05:**

„Postawienie przez Zamawiającego w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie w formie konsorcjum warunku, iż jeden z jego uczestników (lider) musi wypełniać postawione warunki, co najmniej w 50%, utrudnia dostęp do zamówienia, czym godzi w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

b) **2007.01.24wyrok ZAUZP UZP/ZO/0-62/07**

„Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni i spełnienie danego warunku przez jednego lub razem przez obu, winno być traktowane jako spełnienie warunku przez konsorcjum.”

Najdobitniej stwierdzono to w wyroku (podkreślenie własne):

c) **2005.01.20wyrok ZAUZP UZP/ZO/0-34/05**

„Na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych oferta konsorcjum jest traktowana jako wspólna oferta w rozumieniu art. 23 ustawy. Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy, co oznacza, że każdy z uczestników konsorcjum musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Przesłanki do wykluczenia jednego z uczestników konsorcjum powodują wykluczenie całego konsorcjum z postępowania. Natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 p.z.p., należy brać pod uwagę łączny potencjał uczestników konsorcjum.”

Zatem wymaganie dwóch polis OC przez Zamawiającego uznać należy za błędne. Niezależnie od tego zasadność zachowują uwagi o konieczności ewentualnego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oferty w zakresie „drugiej” polisy OC.

IV.

W licznych orzecznictwie tak Zespołów Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej istnieje ugruntowane orzecznictwo. I tak w wyroku Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-1298/06 zapadłym w dniu 10 maja 2006 r. Zespół Arbitrów stwierdził:

„Zespół Arbitrów uznał, że przy tak ogólnym i niejednoznacznym sformułowaniu warunków odnośnie dokumentu (niektóre nieaktualne), Zamawiający zobowiązany był

do uznania, iż załączone dokumenty firmy Bio Lead — Lok B Sp. z o. o. spełniają warunki Zamawiającego. Tym bardziej, że regułę tę stosował przy ocenie ofert innych wykonawców. Orzecznictwo Zespołów Arbitrów w tym zakresie jest jednoznaczne, wynika z niego, że jeżeli można zapisy SIWZ interpretować na wiele sposobów, to Zamawiający zobowiązany jest do przyjmowania każdego z nich."

Ponadto Protestująca podnosi argumentację za artykułem pt. „Warunki muszą być jednoznaczne” opublikowanym w dzienniku Rzeczpospolita w dniu 23.08.2005 r. (Rzeczpospolita, Nr 196).

„Wymagania stawiane wykonawcom muszą być formułowane w sposób jednoznaczny. Jeśli można je zinterpretować na wiele sposobów, to zamawiający musi uznać każdy z nich - wynika z orzeczenia z 11 sierpnia 2005 r. (sygn. UZP/ZO/0-2085/05).

Przetarg miał wyłonić dostawcę trawy syntetycznej i urządzeń sportowych do wyposażenia boiska. Aby potwierdzić doświadczenie wykonawców, zamawiający zażądał, aby każdy z nich wykazał „wykonanie co najmniej dwóch dostaw o wartości nie mniejszej niż 200 tys. zł”. Jedna z firm przedstawiła referencje potwierdzające realizację siedmiu podobnych zadań, na łączną kwotę ponad 800 tys. zł. Ale tylko jedna z tych dostaw opiewała na 200 tys. zł.

Zamawiający wykluczył przedsiębiorcę z przetargu, uznając, że nie spełnił on postawionych mu warunków. Zdaniem zamawiającego ze specyfikacji jednoznacznie wynikało, że każda z co najmniej dwóch dostaw miała mieć wartość nie mniejszą niż 200 tys. zł.

Arbitrzy uwzględnili odwołanie i nakazali powtórny ocenę ofert. Uznali bowiem, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji niejasnych sformułowań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- Zamawiający nie zaznaczył, że każda z dostaw musi mieć wartość nie mniejszą niż 200 tys. zł. Nie zrobił tego ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w odpowiedziach na pytania wykonawców. Dlatego też wskazanie w ofercie siedmiu dostaw na ogólną wartość ponad 800 tys. zł spełniało postawiony przez zamawiającego warunek - uzasadniła werdykt przewodnicząca składu orzekającego Irena Arlet."

Z kolei w wyroku jaki zapadł 24 lutego 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-300/05) arbitrzy uznali, iż Zamawiający powinien precyzyjnie opisywać przedmiot zamówienia:

„Przetarg dotyczył utrzymania czystości w szpitalu. Jednym z elementów miała być „segregacja odpadów komunalnych i sanitarnych”. Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie pod tym pojęciem. Wykonawcy różnie zinterpretowali ten zapis, co w konsekwencji spowodowało przyjęcie różnych stawek VAT. Oferty dwóch wykonawców zawierały stawkę 22 proc., w dwóch innych podano 7 proc.

Zespół arbitrów uznał, że brak precyzji zamawiającego uniemożliwił obiektywne porównanie ofert. - Zgodnie z art. 29 prawa zamówień publicznych (dalej: pzp) przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób dostatecznie dokładny z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak jednoznacznego opisu usługi segregacji odpadów spowodował, że połowa ofert zawierała błędy w obliczeniu ceny - podkreśliła przewodnicząca składu Elżbieta Gierlicka-Szaniawska, nakazując unieważnienie przetargu."

W kolejnym wyroku potwierdzającym konieczność interpretacji niejasnego SIWZ na korzyść wykonawców, i zgodność każdego rozumienia, jakie może przyjąć wykonawca, tj. w wyroku z dnia 5 maja 2006 r. o sygn. akt UZP/ZO/04230/06, arbitrzy potwierdzają:

„W ocenie Zespołu Arbitrów wymagania określone w II pkt 5 SIWZ były na tyle ogólne, że nie można stawiać w tym momencie zarzutu Odwołującemu odnośnie nieprzedstawienia konkretnych dokumentów indywidualnie określonych. W tym kontekście należy w pełni zgodzić się z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Zespołu Arbitrów, iż wymagania stawiane wykonawcom muszą być formułowane w sposób jednoznaczny. Jeśli można je interpretować na wiele sposobów, to Zamawiający musi uznać każdy z nich”.

W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 8 maja 2006 r. o sygn. akt UZP/ZO/0-1242/06 arbitrzy zajęli następujące stanowisko:

„W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Zespołu Arbitrów, odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości. Bardzo ogólne zapisy dotyczące rodzaju dokumentów, jakich Zamawiający oczekiwał na potwierdzenie, że oferowane wyroby zostały dopuszczone do obrotu w placówkach medycznych RP powodują, że Zamawiający zobowiązany był przyjąć wszelkie dokumenty, jakie przedłożył wykonawca, jeżeli wynika z nich, że wyrób został dopuszczony do obrotu w placówkach RP.

(...)

Odmienne rozumienie zapisu części II pkt 5 SIWZ przy tak ogólnym jej sformułowaniu oznaczałoby niedopuszczalne przerzucenie na wykonawców ciężaru ustaleń, jakie dokumenty należy przedłożyć i równocześnie ryzyko związanego z odmienną oceną tej kwestii przez Zamawiającego.”

Z cytowanych powyżej wyroków wynika niezbicie, iż Zamawiającym, zwłaszcza w świetle argumentów zawartych w powyższym uzasadnieniu niniejszego protestu, musi uznać także rozumienie zapisów SIWZ, jakie powstało po stronie Protestującej. Inne rozumienie niż to, które powstało u Protestującej, „oznaczałoby niedopuszczalne przerzucenie na wykonawców ciężaru ustaleń, jakie dokumenty należy przedłożyć”. Ponadto ignorowanie interpretacji warunków SIWZ, dokonanej przez Protestującą, w sytuacji, w której wymagania stawiane wykonawcom nie były formułowane w sposób jednoznaczny, łamie płynącą z kilku wyroków zasadę, iż jeśli wymagania SIWZ można „interpretować na wiele sposobów, to zamawiający musi uznać każdy z nich”.

Także dla argumentu konieczności zachowania jednoznaczności SIWZ Zamawiający nie może uznawać, iż wymóg złożenia polisy OC „dotyczył każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie od udzielenie zamówienia”.

W tej sytuacji wniosek Protestującej o uchylenie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Protestującej i o ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty jest w pełni zasadny.

V.

Następnie Protestująca podnosi, iż Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia oferty Konsorcjum, ale nie jednocześnie nie dokonał, a przynajmniej nie

zawiadomił Konsorcjum, o dokonaniu pozostałych czynności wymienionych w art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dlatego Protestująca podnosi, iż Zamawiający nie może dzielić etapu oceny ofert, wykluczania wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na raty. Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy PZP:

„Art. 92. 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę”.

Zamawiający nie może dzielić tych w/w czynności, aby nie naruszać praw wykonawców do ochrony swoich interesów w postępowaniu. W sposób szczególny wyrażono to w artykule prasowym „Oferty odrzucane na raty” zamieszczonym w dzienniku Rzeczpospolita oraz w wyroku arbitrów z 1 marca 2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-332/05):

„GDY ZAMAWIAJĄCY DAWKUJE INFORMACJE Oferty odrzucane na raty

Niektórzy zamawiający na raty informują o tym, których oferentów wykluczają z przetargu. Czy takie działanie jest zgodne z prawem?

Tydzień temu przestrzegaliśmy przedsiębiorców, żeby zbyt wcześnie nie składali protestów z zarzutami wobec braków w ofertach konkurencyjnych firm („Nie warto protestować za wcześnie”). Z reguły powinni to robić dopiero po otrzymaniu od zamawiających informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Protesty składane po poznaniu ofert innych uczestników przetargu, ale przed wyborem tej najkorzystniejszej, są odrzucane jako przedwczesne.

Wykluczani jeden po drugim

Co jednak zrobić, gdy zamawiający na raty informuje o tym, które oferty zostały odrzucone, a które pozostają? Z taką sytuacją spotkał się jeden z czytelników DOBREJ FIRMY. Nie wie, czy powinien czekać z protestem do wyboru najkorzystniejszej oferty, czy złożyć go wcześniej.

W przetargu, w którym startuję, zamawiający nie odrzucił wszystkich ofert jednocześnie. Najpierw poinformował o odrzuceniu jednej z ofert. Zapytany, czy to oznacza, że pozostałe są prawidłowe i z nich wybierze najkorzystniejszą, odpowiedział, że na tym etapie nie może tego przesądzać, bo nie zakończył jeszcze oceny ofert. Rzeczywiście po pewnym czasie poinformował o odrzuceniu kolejnej oferty. Na razie nie odrzucił jeszcze kolejnej, która moim zdaniem również została

sporządzona nieprawidłowo. Kiedy powinienem złożyć protest przeciwko zaniechaniu tej czynności?

- pyta czytelnik DF.

W takiej sytuacji jeszcze ważniejszy od terminów wydaje się inny problem: czy zamawiający w ogóle ma prawo "na raty" wykluczać wykonawców lub odrzucać ich oferty, informując o tym sukcesywnie?

Oferty w liczbie mnogiej

Art. 89 ust. 2 prawa zamówień publicznych mówi: „zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców o odrzuceniu ofert, podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

W przepisie mowa jest o odrzuceniu ofert, a nie oferty. Dlatego zamawiający nie ma prawa poinformować najpierw o odrzuceniu jednej oferty, po kilku dniach o odrzuceniu drugiej, a po następnych kilku o odrzuceniu kolejnej.

Może oczywiście sukcesywnie badać treść ofert i w różnych datach podejmować decyzje o odrzucaniu wadliwych. Jednak zawiadomienie wysyłane do wykonawców powinno zawierać informacje o wszystkich odrzuconych ofertach.

Nierówne traktowanie

Przepisy nie mówią natomiast nic o wykluczaniu wykonawców. Czy to oznacza, że zamawiający ma prawo wykluczać ich "na raty"?

Grzegorz Wicik, radca prawny z Instytutu Zamówień Publicznych uważa, że nie.

- Moim zdaniem narusza to naczelną zasadę zamówień publicznych: uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców

- mówi Wicik. Na potwierdzenie tej tezy przedstawia taką oto sytuację.

PRZYKŁAD

Wszyscy trzech przedsiębiorcy popełnili błędy w dokumentach formalnych i powinni być wykluczeni. Zamawiający informuje o wykluczeniu pierwszego, po jakimś czasie o wykluczeniu drugiego. Ostatniego nie wyklucza. Pierwszy i drugi mogą złożyć protesty bądź odwołania, ale dotyczące tylko ich wykluczenia. Gdy zostaną one oddalone, wykonawcy ci utracą interes prawny i nie będą już mogli korzystać ze środków ochrony prawnej. W takiej sytuacji zamawiający mógłby wybrać ofertę ostatniej z firm, mimo że ona również powinna zostać wykluczona. A to jest niedopuszczalne.

Wnioski

Nasz czytelnik powinien więc przede wszystkim rozważyć złożenie protestu przeciwko niejednoczesnemu odrzucaniu ofert. W tej sytuacji kwestia terminów staje się nieistotna."

SŁAWOMIR WIKARIAK

„Co na to arbitrzy

Zamawiający nie może rozciągać w czasie oceny ofert. Prowadzi to do nierównego traktowania stron - uznali arbitrzy w orzeczeniu z 1 marca 2005 r. (UZP/ZO/0-332/05). Ci przedsiębiorcy, których oferty zostaną odrzucone wcześniej niż innych, tracą prawo wnoszenia protestów przeciwko kolejnym decyzjom zamawiającego.

- Sukcesywnie dokonywanie badania i oceny poszczególnych ofert, a powstrzymywanie się z badaniem i oceną innych, należy uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Takie postępowanie może w konsekwencji

udaremnić wykonawcom, których oferty odrzucono, możliwość oprotestowania dalszych czynności związanych z rozstrzygnięciem postępowania - uzasadniła wyrok przewodnicząca Iwona Polecka."

W przedmiotowej sprawie Zamawiający poinformował tylko o wykluczeniu Protestującej oraz odrzuceniu oferty Protestującej, nie dokonując jednocześnie ani wyboru ani oceny pozostałych ofert. Czym tłumaczyć tę niezgodność zachowania Zamawiającego z przepisami prawa?

Mając na uwadze wszelkie powyższe argumenty, Protestująca stoi na stanowisku, że został naruszony jej interes prawny, gdyż w przedmiotowej sytuacji mamy także do czynienia z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy PZP, gdyż ogłoszona przez Zamawiającego czynność uniemożliwia dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, w pełnym poszanowaniu zasad ustalonych w SIWZ (*"na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia"*). Za taką ofertę winna być uznana oferta Protestującej, gdyż to ona prezentuje najkorzystniejszy bilans kryteriów.

Zamawiający, który wykluczył wykonawcę, odrzucił jego ofertę, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą, naruszył art. 91 ust. 1 ustawy PZP, co ewidentnie wykazuje spełnienia przesłanki naruszenia interesu prawnego Konsorcjum.

Ponadto należy wskazać, iż skoro Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę i odrzucił jego ofertę, w sytuacji, w której złożył on prawidłową ofertę (ewentualnie po dokonaniu przewidzianych prawem uzupełnień), to Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy PZP, gdyż nie zastosował wobec oferentów jednakowych, równych zasad i nie zagwarantował zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający dokonując w/w czynności i zaniechań uniemożliwia udzielenie zamówienia *"wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy"*, naruszając tym samym art. 7 ust. 3 ustawy PZP. Ponadto należy wskazać, iż skoro Zamawiający nie dokonał w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w myśl postanowień SIWZ, to znów naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP.

Wszystkie wskazane powyżej zarzuty skutkują po stronie Zamawiającego obowiązkiem uchylecia wskazanych w niniejszym proteście czynności, a także obowiązkiem wyboru oferty Protestującej, jako najkorzystniejszej w myśl SIWZ.

Z uwagi na powyższe, wskazać należy, że niniejszy protest jest uzasadniony a zarazem konieczny, stąd wnoszę jak na wstępie.

Za MILMA:

Za BUDIMUS:

MILMA sp. z o.o.
WSPÓŁWŁAŚCICIEL
Zygmunt Matusiak

WSPÓŁWŁAŚCICIEL
P.P.H. "BUDIMUS" sp. z o.o.
mgr inż. Mieczysław Słoma