

WYROK
z dnia 16 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Ochrony Mienia i Osób „Almar” Sp. z o.o.
ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój i „Almar-Bis” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój

w postępowaniu prowadzonym przez

Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań, DGP
Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica oraz
DERŚLAW Sp. z o.o. ul. Ruszczańska 24, 28-230 Połaniec zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Ochrony Mienia i Osób „Almar” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój i „Almar-Bis” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez
się o wykonawców wspólnie ubiegających udzielenie

zamówienia

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Ochrony Mienia i Osób „Almar” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój i „Almar-Bis” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Ochrony Mienia i Osób „Almar” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój i „Almar-Bis” Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

2

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług w zakresie ochrony mienia dla Zakładów JSW S.A. przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) – 3 zadania: zadanie nr 1: świadczenie usług w zakresie ochrony mienia w JSW S.A. KWK „Borynia – Zofiówka” przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO), zadanie nr 2: świadczenie usług w zakresie ochrony mienia w JSW S.A. KWK „Krupiński” przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO), zadanie nr 3: świadczenie usług w zakresie ochrony mienia w JSW S.A. KWK „Pniówek” przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 lutego 2012 r. w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4 maja 2012 r. odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Ochrony Mienia i Osób „Almar” Sp. z o.o. i „Almar-Bis” Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. oraz DERSŁAW Sp. z o.o., zwanych dalej też „konsorcjum GOS-ZEC” (których oferta została uznana za najkorzystniejszą) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Inowopol Sp. z o.o. i Konsalnet Monitoring Sp. z o.o., zwanych dalej też „konsorcjum Konsalnet” (drugie miejsce w rankingu) i zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert. Narusza to:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie czynności porównania, oceny i wyboru ofert bez pominięcia podlegających odrzuceniu ofert złożonej przez:

a) konsorcjum GOS-ZEC z powodu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. przedłożenia przez wykonawcę niepodpisanego przez pełnomocnika konsorcjum załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przedłożenia niepodpisanych przez pełnomocnika konsorcjum lub osobę upoważnioną do reprezentacji wykonawcy załączników dotyczących podwykonawcy Ekotrade Sp. z o.o.,

3

b) konsorcjum Konsalnet z powodu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. przedłożenia przez wykonawcę podpisanych przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji wykonawcy załączników nr 3 i 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niewykazania, iż Franciszek Lyp jest osobą upoważnioną do działania w imieniu podwykonawcy Gwarancja Sp. z o.o. oraz z powodu niezłożenia wraz z ofertą wymaganej koncesji MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie przedmiotu zamówienia, a mającej dotyczyć podwykonawcy Gwarancja Sp. z o.o.,

2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum GOS-ZEC i konsorcjum Konsalnet – w oparciu o błędne przyjęcie, iż wykazali oni spełnianie warunków udziału w postępowaniu – z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu, tj. nieprzedłożenia dokumentów (referencji) potwierdzających posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, zgodnie z punktem X.3 w zw. z IX.B.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert po dokonaniu stosownych czynności zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykluczeniu ww. wykonawców albo ewentualnie odrzuceniu ich ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, według norm prawem przepisanych oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że czynności podjęte w toku postępowania przez zamawiającego nie są słuszne.

W punkcie IX.B.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania

(wykonywania) usług – w sposób ciągły przez okres min. 12 miesięcy o wartości co najmniej 10.000.000,00 zł netto – polegających na zabezpieczeniu i ochronie podmiotów (jednostek) gospodarczych, które podlegają obowiązkowej ochronie, w okresie ostatnich trzech lat przez upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Ocena spełniania tego warunku nastąpić miała na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w punkcie X specyfikacji.

Konsorcjum GOS-ZEC przedstawiło wykaz wykonanych zamówień potwierdzających spełnianie warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia, jednakże nie jest on zbieżny z przedłożonymi referencjami.

Wykonawca przedłożył referencje Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Jankowice”, zgodnie z którymi DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. świadczyła nieprzerwanie usługi w okresie od 1 czerwca 2005 r. do dnia 1 października 2010 r. na łączną kwotę 5.688.775,91 zł netto,

4

z referencji tych nie wynika jednakże, na jaką kwotę wykonane zostały usługi w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert. Trudno bowiem przyjąć, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wyliczenia wartości wykonanych usług w wymaganym okresie. Brak jest też podstaw do przyjęcia, iż w każdym miesiącu wynagrodzenie wykonawcy było jednakowe. Wykonawca nie wykazał zatem, na jaką kwotę wykonał usługi w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Takie same wątpliwości budzą również inne wskazane przez wykonawcę wartości wykonanych zamówień, a mianowicie usługi opisane w punktach 3 i 4 wykazu, tj. wykonywane na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wieczorek” oraz na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Murcki – Staszic”. Wykonawca nie wykazał bowiem, w jaki sposób dokonał obliczenia wartości wykonanego zamówienia w okresie od 1 września 2010 r. do 31 grudnia 2011 r. Przedłożone referencje wskazują jedynie na całkowitą wartość zamówienia nie precyzując, jaka wartość zamówienia osiągnęło w wymaganym okresie. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, iż wykonawca udowodnił, że rzeczywiście wykonano usługi o wartościach wskazanych w punktach 2, 3 i 4 wykazu.

W pozycji 5. wskazano, iż wykonawca wykonuje usługę bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów, urządzeń, osób i mienia Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A. o wartości 5.430.000,00 zł netto (wartość za okres od 1 kwietnia 2009 do 1 października 2011 r.). Z przedłożonego listu referencyjnego nie wynika, jaka jest wartość wykonywanej usługi w okresie obowiązywania umowy (od 22 listopada 2004 do 31 grudnia 2013 r.). Wykonawca nie wskazał również żadnej podstawy obliczenia kwoty 5.430.000,00 zł netto jako wartości usługi wykonywanej od 1 kwietnia 2009 do 1 października 2011 r. Wykonywanie usługi o tej wartości uznać należy zatem za nieudowodnione.

Analogiczny błąd popełniono również w pozycji 6. wykazu dotyczącej usługi na rzecz Elektrowni Połaniec S.A. na kwotę 6.238.750,00 zł netto (wartość za okres od 1 kwietnia 2009 do 4 listopada 2011 r.). Jednak z przedłożonych referencji nie wynika ani całkowita wartość usługi, ani też jej wartość we wskazanym okresie.

Zgodnie z punktem X.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał przedłożyć wykaz wykonanych zamówień potwierdzający spełnianie warunku, o którym mowa w pkt. IX.B.2, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane. Zatem wykonawca obowiązany został do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunku, o którym mowa w punkcie IX.B.2 specyfikacji, tj. iż w okresie trzech ostatnich lat w sposób ciągły przez okres min. 12 miesięcy wykonał bądź wykonuje usługi o wartości co najmniej 10.000.000,00 zł netto oraz iż zamówienia te zostały należycie wykonane bądź są należycie wykonywane. Wymogom tym nie uczyniono zadość. Wykonawca oprócz rzeczywistego posiadania wiedzy i doświadczenia obowiązany jest tę wiedzę

5

i doświadczenie wykazać, gdyż czym innym jest posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, a czym innym jest wykazanie tego faktu. Przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania uregulowana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych swoją hipotezą dotyczy faktu niewykazania spełnienia warunków.

Wykonawca nie uczynił zadość również warunkowi opisanemu w punkcie X.8 specyfikacji

istotnych warunków zamówienia: „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego każdy z dokumentów, o których mowa w pkt 1-6, należy złożyć w jednym egzemplarzu w imieniu wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (tzn. w miejscu: „nazwa i adres Wykonawcy” należy wpisać wszystkich Wykonawców) podpisanym przez pełnomocnika ustanowionego do reprezentowania tych Wykonawców.” Tymczasem załącznik nr 4 do specyfikacji dotyczący spełniania warunków opisanych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został podpisany przez pełnomocnika ustanowionego do reprezentowania wykonawców (Joannę Kozłowicz).

Kolejnym warunkiem, którego nie dochowano, jest obowiązek podpisania oferty przez osobę upoważnioną/osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty, lub upoważnionego przedstawiciela wykonawcy (pkt XIV.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zgodnie z punktem XIV.3 specyfikacji „pod pojęciem „Oferty” należy rozumieć druk „OFERTA”, sporządzony wg Załącznika nr 2 do SIWZ oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez Wykonawcę, których wymaga Zamawiający.” Postanowienia te są jednoznaczne i nie ulega wątpliwości, iż wszelkie załączniki stanowią ofertę i powinny być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy bądź jego upoważnionego przedstawiciela. Należy stwierdzić, iż wszelkie złożone przez wykonawcę dokumenty dotyczące podwykonawcy Ekotrade Sp. z o.o. nie zostały podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy.

Z powyższych względów wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie wykazał warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, ewentualnie jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do konsorcjum Konsalnet – przedłożony wykaz wykonanych zamówień stanowiący załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia uniemożliwia dokonanie oceny, czy przewidziany w punkcie IX.B.2 specyfikacji warunek został spełniony.

W pozycji 2., 3. i 4. wykazu wykonawca powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa jako okoliczność uniemożliwiającą ujawnienie informacji na temat wartości udzielonego zamówienia. Jednakże również załączone referencje Arcelor Mittal Steel Poland S.A., Zespołu

6

Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A. i Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Mysłowice – Wesola” nie precyzują wartości zamówienia, co uniemożliwia ocenę czy przewidziany warunek wiedzy i doświadczenia został spełniony. Przedłożone przez JSW S.A. KWK „Budryk” referencje nie dowodzą, iż w okresie 12 miesięcy wartość usług opiewała na kwotę 1.283.354,25 zł netto. W związku z tym wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku przewidzianego w punkcie IX.B.2 specyfikacji, a tym samym zamawiający powinien wykluczyć go z postępowania.

Oferta powinna też zostać odrzucona z uwagi na obowiązek podpisania oferty przez osobę upoważnioną/osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty, lub upoważnionego przedstawiciela wykonawcy (pkt XIV.4 specyfikacji). Zgodnie z punktem XIV.3 specyfikacji pod pojęciem „Oferty” należy rozumieć druk „OFERTA” sporządzony według załącznika nr 2 oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez wykonawcę, których wymaga zamawiający. Postanowienia te są jednoznaczne i nie ulega wątpliwości, iż wszelkie załączniki stanowią ofertę i powinny być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy bądź jego upoważnionego przedstawiciela. Oświadczenie dotyczące wizji lokalnej (załącznik nr 3 do specyfikacji) podpisane zostało przez Roberta Stano, tj. osobę, która nie jest upoważniona do reprezentacji wykonawcy. Również żaden inny przedsiębiorca wchodzący w skład konsorcjum nie złożył oświadczenia zgodnie ze wzorem przewidzianym załącznikiem nr 3.

Również załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, nie jest podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji wykonawcy. Brak też jest podstaw do stwierdzenia, iż działający w imieniu potencjalnego podwykonawcy Gwarancja Sp. z o.o. Franciszek Lyp upoważniony jest do reprezentacji spółki, w szczególności nie przedłożono odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego. Wątpliwości budzi również nieprzedłożenie przez potencjalnego podwykonawcę Gwarancja Sp. z o.o. dokumentów potwierdzających posiadanie

uprawnień do wykonywania działalności, o których mowa w punkcie IX.B.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A.1) wymagane jest posiadanie aktualnej koncesji MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia”. O tym, iż to również podwykonawca winien przedłożyć wymaganą koncesję, mowa jest w punkcie XIV.13 specyfikacji: „Zamawiający dopuszcza możliwość zatrudnienia Podwykonawców, posiadających koncesję o której mowa w pkt. IX.B.1 SIWZ”. W punkcie X specyfikacji, zgodnie z którym wykonawcy mają dostarczyć dokumenty lub oświadczenia w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w zamówieniu, podpunkt 2. stanowi, iż wykonawca dostarczyć ma aktualną koncesję MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie

7

przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia. Nie jest zatem wystarczające samo posiadanie przez podwykonawcę koncesji, lecz konieczne było jej dostarczenie zamawiającemu. Złożona oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, winna zatem zostać odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniosk o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Jego zdaniem zarzuty zawarte w odwołaniu są niezasadne.

W odniesieniu do konsorcjum GOS-ZEC stwierdził, iż załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji poszczególnych spółek wchodzących w skład konsorcjum, które figurują w załączonych do oferty odpisach z KRS. Pomimo postanowienia specyfikacji dotyczącego złożenia oświadczenia przez pełnomocnika, takie postanowienie nie może wykluczyć podpisania oświadczenia przez owe osoby, a ustanowienie pełnomocnika nie wyklucza działania tych osób.

W swoich zarzutach odwołujący pominął treść punktu XIV.7 specyfikacji, z którego wynika, iż kopie dokumentów mogą być poświadczane przez pełnomocnika wykonawcy lub osoby reprezentujące podmioty trzecie. Zwraca uwagę, iż kwestionowane dokumenty nie były wymagane przez zamawiającego, a także, iż same wzory (informacje dotyczące podpisów) wskazywały na możliwości podpisania w taki sposób.

W punkcie XIV.13 specyfikacji zamawiający zawarł postanowienie dotyczące podwykonawców posiadających koncesję. Uważa, iż spółka Gwarancja spełnia powyższy warunek. Zamawiającemu wystarczyło w tym zakresie oświadczenie w załączniku nr 10 do specyfikacji, natomiast nie wymagał przedłożenia koncesji dla podwykonawcy wraz z ofertą. Co do podpisania oświadczenia o odbytej wizji lokalnej przez Roberta Stano stwierdził, iż przekazał on zamawiającemu podczas wizji pełnomocnictwo do dokonania tej wizji. Poza tym żaden inny wykonawca nie przedstawił takiego oświadczenia.

Co do referencji – zamawiający żądał dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług, a nie wskazujących na ich wartość, taka jest rola tych dokumentów i nie muszą one zawierać dodatkowych informacji. Wartości kontraktów mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorcy, bowiem mają wartość gospodarczą. Odwołujący nie zarzucał również, że informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie wymagał odpisu z KRS dla podwykonawców. Również zobowiązanie podmiotu dotyczy tylko podmiotów, z których wykonawca będzie korzystał zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie zawarte w załączniku nr 10 do specyfikacji jest wystarczające.

8

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. i DERSŁAW Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację analogiczną do zamawiającego.

Zdaniem przystępującego treść referencji nie musi zawierać informacji, których brak zarzuca odwołujący. Jeżeli znajdują się one w tych referencjach, mogą co najwyżej potwierdzać wiarygodność informacji zawartych w wykazie. Zadaniem referencji jest jedynie potwierdzenie należytego wykonania usługi.

Załącznik nr 4 do specyfikacji został podpisany przez osoby upoważnione do reprezentacji wszystkich spółek, więc nie musiał być podpisany jeszcze dodatkowo przez pełnomocnika. W odniesieniu do dokumentów dotyczących Ekotrade Sp. z o.o. – zamawiający wymagał posiadania, a nie dołączenia do oferty koncesji dla podwykonawcy. Dokumenty dotyczące Ekotrade zostały załączone przez przystępującego z własnej inicjatywy w celu potwierdzenia wiarygodności oferty, figuruje na nich podpis prokurenta samoistnego spółki Ekotrade, co potwierdza załączony odpis z KRS. Poza tym dokumenty dotyczące podmiotów trzecich mogą być podpisane przez te podmioty. Stwierdza również, że nie powoływał się na potencjał tego podmiotu dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny postępowania (przedstawione dokumenty) nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawców: konsorcjum GOS-ZEC i konsorcjum Konsalnet z postępowania oraz zaniechania odrzucenia ich ofert Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż ten nie wykluczył z postępowania konsorcjum GOS-ZEC oraz konsorcjum Konsalnet, pomimo że przedstawione przez nich referencje nie potwierdzają wartości zrealizowanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem

9

terminu składania ofert. W tym zakresie należy przyznać rację stanowisku przedstawionemu przez zamawiającego oraz przystępującego – zadaniem listów referencyjnych jest potwierdzenie, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, jak wskazano w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). Oprócz dokumentów tych wykonawcy – jako główny dokument potwierdzający posiadane doświadczenie, muszą przedstawić wykaz wykonanych usług (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych) ze wskazaniem istotnych dla potwierdzenia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu informacji, m.in. również wartości usług. Tak też zrobili kwestionowani wykonawcy podając informacje o wartości usług w wymaganym przez zamawiającego okresie. Tym samym postawą do uznania danej wysokości kwot jest oświadczenie wykonawców zawarte w przedstawionych przez nich wykazach. Wykonawcy, bez wyraźnego polecenia zamawiającego, nie mają obowiązku opisywać w wykazie, w jaki sposób wartości te zostały obliczone. W razie zaś, gdyby wysokość tych kwot budziła wątpliwość zamawiającego, może on skorzystać m.in. z instytucji wyjaśnienia treści dokumentów lub ewentualnie podjąć też inne środki w celu ustalenia, czy przedstawione informacje są prawdziwe. Odwołujący nie kwestionuje samej wysokości podanych w wykazach kwot, a jedynie stawia zarzut, że wykonawca nie wyjaśnił, na jakiej podstawie je obliczył i że kwoty te nie znajdują potwierdzenia w treści referencji. A w odniesieniu do usług przedstawionych w wykazie konsorcjum Konsalnet – odwołujący nie podstawiał również zarzutu nieprawidłowego zastrzeżenia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechania przez zamawiającego ich odtajnienia. Zatem na marginesie tylko można zwrócić uwagę, że co do zasady jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno się zastrzegać elementów kontraktów, które zostały udzielone w ramach zamówień publicznych, gdyż ze swojej istoty są one jawne.

Co do oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum GOS-ZEC należy stwierdzić, że zamawiający w punkcie X.8. specyfikacji istotnych warunków zamówienia rzeczywiście wskazał, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagane dokumenty, m.in.

oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, powinny być popisane przez pełnomocnika ustawionego do reprezentowania tych wykonawców. Mowa tu niewątpliwie o pełnomocniku z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego ustanowienia zobowiązani są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (wymóg ten jest zawarty też w punkcie XIV.5 specyfikacji). Zgodnie z tym przepisem ma on reprezentować wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

10

i – fakultatywnie – przy zawarciu umowy. Znaczenie tego przepisu jest niewątpliwie przede wszystkim porządkujące – aby zamawiający nie był zmuszony do jednoczesnego kontaktowania się z wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, lecz tylko z jednym podmiotem – pełnomocnikiem. Nie oznacza to jednak, że poprzez ustanowienie pełnomocnika wykonawcy – mocodawcy zostają pozbawieni jakichkolwiek praw, które posiadają na gruncie prawa cywilnego, w tym prawa do samodzielnego działania mocodawców (oczywiście przy zachowaniu wymogów np. reprezentacji i wspólnego działania). Przedstawione przez konsorcjum GOS-ZEC oświadczenie zostało podpisane przez członków zarządów poszczególnych spółek wchodzących w skład konsorcjum zgodnie z zasadami ich reprezentacji, a więc tym samym przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – z punktu widzenia stosunku pełnomocnictwa będących mocodawcami. Zatem co prawda oświadczenie to zawiera pewne uchybienie formalne w stosunku do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak jednocześnie na gruncie prawa cywilnego jest poprawne, a przy tym potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym nawet nie ma potrzeby wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do dokumentów dotyczących Ekotrade Sp. z o.o. i Gwarancja Sp. z o.o. wskazanych odpowiednio przez konsorcjum GOS-ZEC i konsorcjum Konsalnet jako podwykonawcy – z formalnego punktu widzenia nie mają one znaczenia dla prowadzonego postępowania, gdyż nie były przez zamawiającego wymagane.

Jak wynika z punktu IX.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli przedstawić zobowiązanie innych podmiotów do oddania im do dyspozycji ich zasobów, jeśli będą polegać na ich wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wymagał przedstawienia dla tych podmiotów dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia z postępowania (§ 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). Tymczasem, jak wynika z ofert obu konsorcjów, wykonawcy ci nie powoływali się na zasoby podmiotów trzecich, zatem przedłożenie tych dokumentów było zbędne.

Na marginesie zaś można zauważyć, że z istoty „zobowiązania innych podmiotów” wynika, że zobowiązanie to musi być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania tych podmiotów, a nie przez wykonawców, na rzecz których te zobowiązania podjęto. Uprawnienie do reprezentacji zamawiający może sprawdzić w Krajowym Rejestrze Sądowym publicznie dostępnym na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości lub

11

zażądać odpisu z KRS od wykonawcy (w zasadzie informacja taka powinna być zawarta już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 6 ust. 2 reguluje też sposób poświadczania tych dokumentów za zgodność z oryginałem wskazując, że mogą być one poświadczane przez owe podmioty trzecie, na których zasobach wykonawca polega.

Co do obowiązku przedstawienia koncesji MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia, o której mowa w punkcie X.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zawarty w tym postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek dotyczy jedynie wykonawców, a nie podwykonawców. Owszem, w punkcie XIV.13. specyfikacji zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość zatrudnienia podwykonawców posiadających takową koncesję, jednak

nie wymagał jej przedstawienia na etapie składania ofert (zresztą możliwość taka nie wynika też z rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*). W odniesieniu do podwykonawców wykonawcy mieli załączyć jedynie oświadczenie przygotowane w oparciu o załącznik nr 10 do specyfikacji zawierające informację, że w wykonaniu zamówienia będą uczestniczyć podwykonawcy posiadający aktualną koncesję MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia oraz wskazanie części zamówienia, którą zrealizuje podwykonawca i jej wartości lub udziału procentowego w wartości zamówienia. Zamawiający potwierdził to także w odpowiedzi na pytanie nr 7 z 16 lutego 2012 r.

W odniesieniu do oświadczenia przygotowanego w oparciu o załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. oświadczenia przedstawiciela wykonawcy, że zapoznał się z terenami, obszarami, obiektami oraz innymi składnikami majątku KWK „Borynia – Zofiówka”, KWK „Pniówek” oraz KWK „Krupiński” w obecności koordynatora ds. ochrony mienia kopalni lub osoby przez niego wyznaczonej, którego dołączenia do oferty wymagał zamawiający w punkcie XIV.16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z treści tego druku można wnioskować, że sporządzany on był podczas wizji lokalnej przez osoby na niej obecne, gdyż oprócz podpisu „uprawnionego przedstawiciela wykonawcy”, powinien on zawierać także podpis owego koordynatora ds. ochrony mienia lub osoby przez niego upoważnionej dla każdej z kopalni, czyli pracownika/pracowników zamawiającego. Zamawiający okazał pełnomocnictwo dla Roberta Stano do dokonania tej wizji w imieniu konsorcjum Konsalnet (zamawiający dopuścił też, aby wizji dokonywał przedstawiciel tylko jednego z konsorcjantów).

12

Poza tym należy zwrócić uwagę na charakter tego dokumentu. Odnosi się on do dokonania przez wykonawców pewnej czynności jeszcze przed złożeniem ofert, a ustanowienie wymogu dokonania wizji lokalnej na terenach kopalń niewątpliwie ma na celu nakłonienie wykonawców do dokładniejszego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, a tym samym bardziej rzetelnego obliczenia ceny oferty. Jednocześnie jednak, gdyby nawet wykonawca nie dokonał w ogóle takiej wizji, trudno z tego powodu znaleźć podstawę do jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Podobnie z samym oświadczeniem – nie mieści się ono ani w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (których brak lub nieprawidłowe złożenie może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania) ani będących ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, tj. odnoszących się do postanowień przyszłej umowy lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (których brak lub nieprawidłowe złożenie może skutkować odrzuceniem oferty). Tym samym brak takiego oświadczenia lub jego nieprawidłowe złożenie na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych i przygotowanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma żadnej sankcji.

Co zaś do punktu XIV.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („pod pojęciem oferty należy rozumieć druk „OFERTA” oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez wykonawcę, których wymaga zamawiający”) należy stwierdzić, iż jest on nieco niefortunnie sformułowany i nie we wszystkich przypadkach może być rozumiany wprost, również w odniesieniu do punktu XIV.4 specyfikacji („oferta musi być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy”). Należy tu wziąć również pod uwagę istotę składanych przez wykonawców dokumentów oraz regulacje ustawowe i rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, a także rozróżnienie na tzw. ofertę *sensu stricto* (odpowiada rozumieniu oferty wskazanemu w art. 66 § 1 kodeksu cywilnego i do niej odnosi się art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych) i ofertę *sensu largo* (wszystkie dokumenty składane przez wykonawcę, w tym dotyczące jego sytuacji podmiotowej, gwarancje wadialne, pełnomocnictwa, zobowiązania innych podmiotów itp.). Z natury rzeczy niektóre z dokumentów składających się na ofertę *sensu largo* (o której mowa w punkcie XIV.3. specyfikacji) nie mogą być podpisane przez przedstawiciela wykonawcy, np. zaświadczenia urzędowe i informacje z rejestrów, gwarancje i poręczenia

wadialne, informacje i zaświadczenia z banków, polisy ubezpieczeniowe, certyfikaty wystawiane przez akredytowane jednostki certyfikujące, listy referencyjne klientów, zobowiązania podmiotów trzecich – co najwyżej niektóre z nich mogą być przez tego wykonawcę poświadczone za zgodność z oryginałem. Tym samym nie można

13

automatycznie w identyczny sposób rozumieć określenia „oferta” w punkcie XIV.3. i XIV.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

14