Sygn. akt: KIO 994/12
Sygn. akt: KIO 1025/12

WYROK
z dnia 4 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 17 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kopex Electric Systems S.A., Stalkowent Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Biskupa Burschego 3**
B. w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawcę **Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71**

w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

przy udziale:

A. wykonawcy **Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 994/12 po stronie zamawiającego
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kopex Electric Systems S.A., Stalkowent Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Biskupa Burschego 3** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1025/12 po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu:

A. Powtórzenie czynności badania oferty złożonej przez wykonawcę Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia.

B. odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kopex Electric Systems S.A. z siedzibą w Tychach i Stalkowent Sp. z o.o. w Zabrzu oraz oferty Termowent Technology Piotr Jamrozik z siedzibą w Zabrzu jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A. w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kopex Electric Systems S.A. z siedzibą w Tychach i Stalkowent Sp. z o.o. oraz przez wykonawcę Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach kwotę **46 675 zł** 00 **gr** (słownie: czterdzieści sześć tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **23 075 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych, zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kopex Electric Systems S.A. z siedzibą w Tychach i

Stalkowent Sp. z o.o. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz Elektrometal S.A. w Cieszynie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: …….

…….

……..

Sygn. akt: KIO 994/12
Sygn. akt: KIO 1025/12

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt „Budowa stacji wentylatorów głównych przy szybie VI wraz z budynkiem nadszybia i towarzyszącymi obiektami infrastruktury technicznej w KW S.A. Oddział KWK „Knurów -Szczygłowice" Ruch Szczygłowice" ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 stycznia 2012 r. - nr 2012/S 2-003153.

Sygn. akt: KIO 994/12
Odwołujący: Konsorcjum Wykonawców: Lider-Kopex Electric Systems S.A. w Tychach i Stalkowent Sp. z o.o. w Zabrzu wniósł dnia 17 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące wyniku badania i oceny oferty złożonej przez Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie (dalej : Elektrometal) oraz na decyzję Zamawiającego z dnia 14.05.2012 r. o zaproszeniu Elektrometal do udziału w aukcji elektronicznej i o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w tym postępowaniu.
Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust 2 pkt 3 i ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Elektrometal, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, w sytuacji gdy ów wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu opisanych w pkt XII. 1.1 SIWZ i załączniku nr 3 do SIWZ rubryka 7 poprzez podanie, w piśmie z dnia 2 maja 2012 r. stanowiącym uzupełnienie dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 PZP, nieprawdziwych danych co do wydania pozwolenia na użytkowanie lub zezwolenia na oddanie do ruchu urządzeń pod numerem sprawy 42-029-07; Nr 1351-r z dnia 30.10.2009 r.; 2. art. 7 ust 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 PZP w zw. z art. 26 ust 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Elektrometal, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, w sytuacji gdy ów wykonawca, mimo wezwania Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2012 r. w oparciu o art. 26 ust 4 PZP do złożenia wyjaśnień, nie dowiódł posiadania przez podmiot na którego wiedzę i doświadczenie się powołał (Zjednoczoną Spółkę „Sibszachtostroj") niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie przedmiotu i wartości robót budowlanych wymaganych treścią pkt XII ust 1 pkt 1 SIWZ;
3. art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 3 PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania Elektrometal, w oparciu o art. 26 ust 3 PZP, do złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych wg wzoru

załącznika nr 3 do SIWZ dokumentującego wykonanie przez podmiot na którego wiedzę i doświadczenie powołuje się wykonawca robót budowlanych w zakresie przedmiotu i wartości wskazanych treścią pkt XII ust 1 pkt 1 SIWZ wraz z przedłożeniem dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie albowiem przedłożony do oferty wykonawcy oraz jego pisma z dnia 2 maja 2012 r. wykaz pozostaje niezgodny z ww. wymaganiami;
4. art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 3 PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Elektrometal, w oparciu o art. 26 ust 3 PZP, do złożenia przez niego sporządzonego w języku polskim oryginału (w formie zawierającej własnoręczny podpis) oświadczenia podmiotu na którego zasoby powołuje się wykonawca co do dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji Zamówienia wskazującego w sposób bezsporny i jednoznaczny zakres zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępniania zasobów i sposób ich udostępnienia, albowiem załączone do oferty wykonawcy w formie kserokopii oświadczenie podmiotu na którego zasoby ów wykonawca powołuje się pozostaje niejednoznaczne i de iure nie stanowi bezwarunkowego zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów;
5. art. 7 ust 1 i 3 PZP oraz art. 26 ust 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Elektrometal, w oparciu o art. 26 ust 3 PZP, do złożenia przez niego dowodów, że osoba podpisująca oświadczenie osoby trzeciej o udostępnieniu wykonawcy niezbędnych zasobów była uprawniona do działania w imieniu tej osoby trzeciej w zakresie składania oświadczeń woli;
6. art. 7 PZP oraz art. 91 b ust. 1 PZP poprzez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji Elektrometal w sytuacji gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia lub też jego oferta winna zostać odrzucona, względnie Zamawiający winien uprzednio wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust 3 PZP do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń określonych w ramach ww. zarzutów czego bezprawnie zaniechał;
7. art. 7 PZP oraz art. 91 a ust. 1 PZP poprzez dokonanie czynności wyznaczenia aukcji elektronicznej w postępowaniu oraz jej przeprowadzenia w sytuacji gdy wobec niedopuszczenia do aukcji elektronicznej Grupy Kapitałowej WONAM S.A. oraz istnienia podstaw do wykluczenia Elektrometal lub odrzucenia jego oferty, tudzież bezprawnego zaniechania wezwania na podstawie art. 26 ust 3 PZP Elektrometal do uzupełniania złożonych przez niego dokumentów, nie zaszły przesłanki pozytywne jej wyznaczenia i przeprowadzenia.

Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania, 2. wykluczenia z postępowania o udzielenie Zamówienia Elektrometal i uznania jego oferty za odrzuconą, w sytuacji uwzględnienia zarzutów ad 1 lub ad 2 petitum odwołania,
3. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, czynności jej wyznaczenia przez Zamawiającego oraz jej przeprowadzenia, wobec niespełnienia przewidzianych w PZP przesłanek ich dokonania, 4. powtórzenia czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, po uprzednim wezwaniu Elektrometal w trybie art. 26 ust 3 PZP do uzupełnienia dokumentów oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, że 14 maja 2012 r. otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej co skutkowało rozpoczęciem biegu terminu na wniesienie odwołania. Ad. 1 Zdaniem Odwołującego przedstawione przez Elektrometal w wyjaśnieniach z dnia 2 maja 2012 r. informacje co do wydania pozwolenia na użytkowanie lub zezwolenia na oddanie do ruchu urządzeń pod numerem sprawy 42-029-07; Nr 1351-r z dnia 30 października 2009 r. mogą być nieprawdziwe. Zauważa, że Elektrometal na wezwanie Zamawiającego przedłożył informację o numerze pozwolenia na użytkowanie lub zezwolenia na oddanie do ruchu urządzeń. Przedstawienie tej informacji ma pośredni wpływ na wynik postępowania. Wskazał wyrok KIO 478/12) „Wpływ na wynik postępowania może mieć charakter /../ pośredni, gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę." Należy zauważyć, że pozwolenie na użytkowanie lub zezwolenie na oddanie do ruchu urządzeń wydanych przez właściwy organ nadzoru górniczego powinno zostać wydane odrębnie dla każdego z obiektów będących wynikiem realizacji tychże robót. Tymczasem Elektrometal oświadczył, że wszystkie obiekty i urządzenia były objęte jednym pozwoleniem/zezwoleniem. Wyjaśnienia Elektrometal nie tylko nie wskazały czy rzeczywiście wskazana decyzja została wydana przez właściwy organ górniczy, ale także czy decyzja organu górniczego była pozwoleniem na użytkowanie czy też zezwoleniem na oddanie do ruchu urządzeń. Pozwolenie/zezwolenie zostało wydane z datą

30.10.2009 r., a więc po 13 miesiącach od zakończenia wykazanych prac. Przeprowadzenie wskazanego przez Odwołującego dowodu z pozwolenia na użytkowanie/zezwolenia na oddanie do ruchu urządzeń numerem sprawy 42-029-07; Nr 1351-r z dnia 30.10.2009 r. pozwoli jednoznacznie potwierdzić czy pozwolenie/zezwolenie zostało w rzeczywistości wydane, a jeżeli tak to przez jaki organ, w jakim zakresie, w tym czy pod takim(i) numerem(ami) i datą jak w wykazie a nadto czy rzeczone pozwolenie/zezwolenie dotyczy robót budowlanych odpowiadających robotom budowlanym wskazanym w pkt XII. 1.1 SIWZ. Bez przeprowadzenia tego dowodu brak będzie możliwości jednoznacznego wykazania, że informacje dotyczące pozwolenia/zezwolenia są prawdziwe i potwierdzają spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego.

Ad 2. Przedstawione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oferty wyjaśnienia w zakresie posiadania przez podmiot na, którego zasoby Elektrometal się powołuje wartości kwotowe poszczególnych części prac związanych z uruchomieniem zespołu obiektów nadziemnych Kopalni „Jużnaja" w zakresie wentylatora wentylacji głównej i nadziemnego obiektu kopalnianego szybu przenośnikowego, nie potwierdzają posiadania przez ten podmiot wiedzy i doświadczenia odpowiadającego wymaganiom określonym przez Zamawiającego w pkt XII. ust. 1 SIWZ w brzmieniu nadanym pismem nr P/PTP/PZ/PZS/1918/AN/2012 z dnia 21.03.2012. Zgodnie z tym pkt SIWZ „O

zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali w podziemnych zakładach górniczych robotę/ roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, o łącznej wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN brutto, przy czym jedna z tych robót o wartości minimum 5 000 000,00 PLN brutto, a użytkowanie obiektów będących wynikiem realizacji tychże robót wymagało uzyskania wydanych przez właściwy organ nadzoru górniczego pozwoleń na użytkowanie lub zezwoleń na oddanie do ruchu urządzeń. Pod pojęciem robót odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie wykonanie w podziemnych zakładach górniczych robót budowlanych polegających na budowie nowych bądź przebudowie istniejących niżej wymienionych obiektów budowlanych zakładu górniczego: - obiektu/obiektów stacji wentylatorów głównych (na powierzchni), lub, - budynku/budynków centralnych stacji klimatyzacyjnych (na powierzchni), lub, - budynku/budynków stacji odmetanowania (na powierzchni), lub, - budynku/budynków nadszybia." Przedstawione wyjaśnienia nie potwierdzają budowy obiektu/obiektów stacji wentylatorów głównych (na powierzchni), co skutkuje nie wykazaniem przez Elektrometal, że wykonane przez niego prace opiewają na kwotę co najmniej 10.000.000 zł brutto. Z treści uzupełnionego dnia 2 maja 2012 r. „Wykazu wykonanych robót budowlanych" w dalszym ciągu wynika, że prace dotyczyły uruchomienia wentylatora wentylacji głównej a nie budowy lub przebudowy obiektu/obiektów stacji wentylatorów głównych. Skutkuje to tym, że nie można przyjąć wartości wskazanej przez Elektrometal w kwocie 86.043.000,00 rubli co odpowiada kwocie 8.036.416,20 PLN dotyczącej uruchomienia wentylatora wentylacji głównej. Pozostałe obiekty wykonane w ramach przedstawionego zadania, za wyjątkiem nadziemnego obiektu kopalnianego szybu przenośnikowego, nie spełniają wymagań Zamawiającego, bowiem ich użytkowanie nie wymagało uzyskania wydanych przez właściwy organ nadzoru górniczego pozwoleń na użytkowanie lub zezwoleń na oddanie do ruchu urządzeń. Powinno to skutkować wykluczeniem Elektrometal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na nieudowodnienie, że podmiot na którego wiedzę i doświadczenie się powołał (Zjednoczona Spółka „Szibszachtostroj") posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie przedmiotu i wartości robót budowlanych wymaganych treścią pkt XII ust 1 pkt 1 SIWZ.

Ad 3 Przedstawione w „Wykazie wykonywanych robót budowlanych" roboty polegające na „Wykonaniu prac związanych z uruchomieniem zespołu obiektów nadziemnych Kopalni „Jużnaja" takich jak wentylator wentylacji głównej, kotłownia, oczyszczalnie wód kopalnianych, nadziemny obiekt kopalniany szybu przenośnikowego, produkcyjna pompownia przeciwpożarowa nie potwierdzają spełniania przez Elektrometal warunków ubiegania się o zamówienie w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt XII. ust. 1 SIWZ zmienionego przez Zamawiającego pismem nr P/PTP/PZ/PZS/1918/AN/2012 z dnia 21.03.2012 „O

zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali w podziemnych zakładach górniczych robotę/ roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, o łącznej wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN brutto, przy czym jedna z tych robót o wartości minimum 5 000 000,00 PLN brutto, a użytkowanie obiektów będących wynikiem realizacji tychże robót wymagało uzyskania wydanych przez właściwy organ nadzoru górniczego pozwoleń na użytkowanie lub zezwoleń na oddanie do ruchu urządzeń. Pod pojęciem robót odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie wykonanie w podziemnych zakładach górniczych robót budowlanych polegających na budowie nowych bądź przebudowie istniejących niżej wymienionych obiektów budowlanych zakładu górniczego: - obiektu/obiektów stacji wentylatorów głównych (na powierzchni), lub, - budynku/budynków centralnych stacji klimatyzacyjnych (na powierzchni), lub, - budynku/budynków stacji odmetanowania (na powierzchni), lub, -budynku/budynków nadszybia." Zdaniem Odwołującego roboty budowlane wykonane w Kopalni „Jużnaja" nie odpowiadają treści SIWZ, ewentualnie za odpowiadające treści SIWZ można uznać wyłącznie roboty dotyczące „nadziemnego obiektu kopalnianego szybu przenośnikowego", których wartość jednak zgodnie z oświadczeniem Elektrometal z dnia 2 maja 2012 r. wynosi 33.729.000 rubli, co odpowiada kwocie 3.150.288,60 zł, a więc nie przekracza wymaganej przez Zamawiającego kwoty 10.000.000 zł. Nie można uznać za odpowiadające zakresowi przedmiotu zamówienia prace określone jako uruchomienie wentylatora wentylacji głównej, gdyż nie stanowią one roboty budowlanej. Zapis w treści wykazu „Wykonanie prac związanych z uruchomieniem (...) wentylatora wentylacji głównej" może wskazywać nie na budowę obiektu/obiektów stacji wentylatorów głównych, jak to wymaga Zamawiający, a na dostawę i montaż urządzeń wentylatora wentylacji głównej. Także pozostałe wymienione w tym wykazie prace nie spełniają wymagań zamawiającego, gdyż jak wskazano powyżej użytkowanie obiektów będących wynikiem realizacji tychże robót nie wymagało uzyskania wydanych przez właściwy organ nadzoru górniczego pozwoleń na użytkowanie lub zezwoleń na oddanie do ruchu urządzeń. Dlatego też z ostrożności Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien wezwać Elektrometal w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia prawidłowego wykazu wykonanych robót budowlanych wg wzoru załącznika nr 3 do SIWZ dokumentującego wykonanie przez podmiot, na którego wiedzę i doświadczenie powołuje się wykonawca robót budowlanych w zakresie przedmiotu i wartości wskazanych treścią pkt XII ust 1 pkt 1 SIWZ, tj. Elektrometal powinien wykazać roboty budowlane, polegające na budowie nowych bądź przebudowie istniejących obiektów budowlanych zakładu górniczego określonych w SIWZ. Ad.4 Zamawiający dopuszczał w pkt XIV. 1 SIWZ, że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej

---

sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia." Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie. Elektrometal załączył do oferty pismo Zjednoczonej Spółki Sibszachtostroj (str. 43, tłumaczenie str. 44), w którym podmiot ten oferuje się udostępnić swój potencjał w zakresie posiadanej przez siebie wiedzy i doświadczenia. Niniejszy dokument nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, a także określonych w art. 26 ust. 2b PZP, gdyż PZP wymaga aby oświadczenie o udostępnieniu potencjału zostało złożone w formie pisemnej zgodnie z art. 78 § 1 zdanie 1 k.c „Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli." Oświadczenie podmiotu trzeciego zostało przez Elektrometal złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, co nie spełnia wymogów formy pisemnej, gdyż nie zawierało ono własnoręcznego podpisu osoby działającej w imieniu podmiotu trzeciego. Dodatkowo oświadczenie zostało złożone w języku rosyjskim co nie spełnia wymogów art. 9 ust. 2 PZP . Oświadczenie o

udostępnieniu potencjału stanowi oświadczenie woli podmiotu udostępniającego potencjał, a treść tego oświadczenia powinna być jednoznaczna. W niniejszej sytuacji, wykładni oświadczenia woli podmiotu trzeciego można dokonać wyłącznie na podstawie tłumaczenia dokonanego przez tłumacza przysięgłego, co uniemożliwia jego jednoznaczną i prawidłową wykładnię. W związku z powyższym Zamawiający powinien wezwać Elektrometal w trybie art. 26 ust. 3 do przedłożenia oświadczenia podmiotu trzeciego złożonego w języku polskim i w formie pisemnej oraz jednoznacznie potwierdzającego udostępnienie potencjału na okres korzystania z niego przy realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że w podobnym stanie faktycznym w kwestii dołączenia do oferty kopii oświadczenia o udostępnieniu potencjału potwierdzonej za zgodność z oryginałem, KIO w wyroku 84/12 stwierdziła „dokument zawierający oświadczenie woli podmiotu trzeciego winien zawierać własnoręczny podpis wystawcy dokumentu. Jednakże należy w tym miejscu zastrzec, że oświadczenie podmiot trzeci może złożyć sam (podpisać) lub może ono zostać złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu tego podmiotu. W tej części zarzut poczyniony przez Odwołującego jest zasadny i Izba nakazała w sentencji orzeczenia wezwanie do uzupełnienia dokumentów tj. oświadczeń podmiotów trzecich w formie pisemnej (oryginałów)." Potwierdzeniem tej linii orzeczniczej jest wyrok KIO 636/11), który stanowi „Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i

kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może polegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania", a nie kopią zobowiązania", a także KIO 922/10. Zdaniem Odwołującego oświadczenie o udostępnieniu potencjału nie potwierdza jednoznacznie faktu udostępnienia potencjału. Treść oświadczenia można uznać za ofertę udostępnienia potencjału, co wskazują mi.in następujące zapisy „Sp. zo.o. Zjednoczona Spółka Szibszachtostroj proponuje współpracę firmie Elektrometal S.A. (...) w formie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia pod nazwą(...)" Zgodnie z art. 26 ust. 2b PZP Wykonawca jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że będzie faktycznie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego. Treść tego oświadczenia musi zawierać wiążące oświadczenie woli podmiotu, który udostępnia swoje zasoby, gdyż tylko w takiej sytuacji może stanowić źródło uprawnienia do korzystania z zasobów w przyszłości, a ponadto powinno dotyczyć całego okresu wykonania zamówienia. Jak stwierdza Agnieszka Kurowska w artykule pt „Korzystanie z potencjału podmiotów trzecich przy ubieganiu się o zamówienie publiczne" publ. Lex „Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p., bądź inne odpowiednie oświadczenie w tym zakresie, winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki danego zasobu. Złożone przez Elektrometal oświadczenie nie potwierdza faktycznego dysponowania potencjałem Zjednoczonej Spółki Szibszachtostroj .Zamawiający powinien wezwać Elektrometal do uzupełnienia oferty o przedstawienie oświadczenia w sposób jednoznaczny potwierdzającego, że Zjednoczona Spółka Szibszachtostroj udostępniła mu swój potencjał a dodatkowo udostępnienie potencjału dotyczy całego okresu wykonania zamówienia. Wszystkie wskazane powyżej zarzuty dotyczące oświadczenia o udostępnieniu potencjału skutkować winny obligatoryjnym wezwaniem Elektrometal do uzupełnienia oferty o prawidłowe zobowiązanie do udostępnienia potencjału (oryginał), złożone w języku polskim i zawierające jednoznaczne oświadczenie o udostępnieniu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia.
Ad 5 Oświadczenie o udostępnieniu potencjału powinno być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania tego podmiotu. Niniejsze oświadczenie zostało podpisane przez Generalnego Dyrektora A.A. Iwuszkina. Ponieważ zgodnie z art. 26 ust. 2b PZP „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia" należy przyjąć, że przedstawiając wyłącznie

samo oświadczenie bez dokumentu potwierdzającego prawo do reprezentacji tego podmiotu Elektrometal nie udowodnił w sposób bezsporny, że będzie dysponował potencjałem Zjednoczonej Spółki Szibszachtostroj. W związku z powyższym, że nie można było stwierdzić, czy A.A. Iwuszkin jest osobą uprawnioną do reprezentacji Zjednoczonej Spółki Szibszachtostroj Zamawiający był w zobowiązany wezwać Elektrometal w trybie art. 26 ust. 3 PZP do przedstawienia dokumentów potwierdzających prawo A.A. Iwuszkina do reprezentowania Zjednoczonej Spółki Szibszachtostroj tj. odpisu ze stosownego rejestru i ewentualnie pełnomocnictwa. Taki w wyroku KIO 84/12, w którym Izba stwierdziła „Za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu (w sposób wiążący złożone w imieniu i z konsekwencjami dla tego podmiotu), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu (SO w Katowicach w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., XIX Ga 92/11). Zamawiający jest zobowiązany do żądania od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się - na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy - na zasoby podmiotu trzeciego, uzupełnienia dokumentów (pełnomocnictwa czy odpisu z KRS), z których wynikałoby umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, do działania w imieniu tego podmiotu trzeciego. Uznać należy, iż nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną, jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. Wyartykułowany wprost w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy wymóg udowodnienia przez wykonawcę, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego oznacza, że w przypadku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest również do złożenia dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego, (sygn. akt KIO 2213/11 z dnia 25 października 2011 roku)".
Ad 6 Zaproszenie Elektrometal do udziału w aukcji jest zdaniem Odwołującego sprzeczne z art. 91 b ust. 1 PZP, gdyż zaproszenie do aukcji bezwzględnie musi więc poprzedzać ocena ofert pod kątem przesłanek odrzucenia zawartych w art. 89 ust. 1. Poprzedzać ją musi również ocena ofert pod kątem sposobu spełniania przez nie kryteriów ustalonych dla całego postępowania." Także zgodnie z wyrokiem KIO sygn. KIO 411/11) „Zawiadomienie wykonawców o prowadzeniu aukcji musi być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców, jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu." Ocena ofert musi być prawidłowa tj. nie może rodzić wątpliwości co do ważności ofert poszczególnych wykonawców. W niniejszym postępowaniu ocena ofert nie została dokonana w sposób

prawidłowy, gdyż oferta Elektrometal jest ofertą wadliwą. Potwierdzenie się zarzutu 1. do oferty Elektrometalu skutkuje wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, także potwierdzenie się zarzutu 2. skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, a oferta Elektrometal na podstawie art. 24 ust. 4 PZP w obu przypadkach powinna zostać odrzucona. Także potwierdzenie zarzutów 3.-6. skutkują nałożeniem na Zamawiającego zobowiązania do wezwania Elektrometal do uzupełnienia treści oferty o brakujące dokumenty. W chwili obecnej Zamawiający nie jest w stanie potwierdzić, że oferta Elektrometal nie podlega odrzuceniu. Należy zauważyć, że „udział w aukcji wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu skutkować musi unieważnieniem aukcji elektronicznej przeprowadzonej z udziałem tej oferty, gdyż niewątpliwie ma on zwykle wpływ na wynik aukcji, a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej (jako konsekwencja dokonywanych przez wykonawców w ramach aukcji postąpień)." - (sygn. KIO 2555/11).
Ad. 7 Zamawiający naruszył swoim działaniem także art. 91a ust. 1 PZP, gdyż na chwilę obecną nie zaszły przesłanki do wyznaczenia aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna zgodnie z art. 91a ust. 1 PZP może zostać wyznaczona „jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, (...), zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu". W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił do udziału w aukcji elektronicznej Grupy Kapitałowej Wonam S.A., co wynika wprost z zaproszenia do udziału w aukcji z dnia 14.05.2012r., także

zdaniem odwołującego istnieją przesłanki do wykluczenia Elektrometal lub odrzucenia jego oferty, tudzież w związku z bezprawnym zaniechaniem przez Zamawiającego czynności wezwania na podstawie art. 26 ust 3 PZP Elektrometal do uzupełniania złożonych przez niego dokumentów nie została prawidłowo przeprowadzona ocena i badanie ofert. Wszystko to skutkuje bezprawnością wyznaczenia na dzień 18 maja 2012 r. aukcji elektronicznej. Wszystkie działania i zaniechania Zamawiającego stanowią równocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 PZP.
Odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że z treści złożonych przez przystępującego dokumentów nadal nie wynika wykazanie wykonania robót budowlanych. Wskazał, że roboty opisane w protokole wykonywało kilka podmiotów, natomiast SIBSZACHTOSTROJ pełniąca obowiązki generalnego wykonawcy nie wykonała robót budowlanych w zakresie wymaganym w SIWZ. Stwierdził, że urządzenie tłoczne wentylatora nie oznacza wykonywania robót budowlanych.
Zauważa, że pisemne oświadczenie złożone na rozprawie przez podmiot trzeci jest zasadniczo odmienne od zawartego w ofercie. W jego ocenie złożenie tego dokumentu jest próbą obejścia przepisu potwierdzającego spełnianie warunków udziału (na dzień składania ofert z uwzględnieniem ewentualnego wezwania przez zamawiającego).

Podniósł niedopuszczalność uzupełniania dokumentów podmiotowych na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Zakwestionował zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez przystępującego.
Zauważył, że żądał w zmienionej SIWZ podania numeru pozwolenia na użytkowanie lub zezwolenia na oddanie do ruchu urządzeń, natomiast nie żądał przedłożenia takiego dokumentu. Wskazał na treść referencji na stronie 41 oferty przystępującego i zobowiązania podmiotu trzeciego (strona 45), a także wyjaśnień w piśmie z 2 maja 2012r. z czego wywiódł, że wykonane prace w pozycji 1 i 4 referencji wskazane także w piśmie z 2 maja 2012r. stanowiły roboty budowlane. Uznał, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału i nie było przesłanek do wzywania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.
Stwierdził, że nie miał podstaw do żądania dodatkowych dokumentów dotyczących prawa do reprezentacji osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego. Wyjaśnił, że unieważnił czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej i w toku oceny ofert wezwał przystępującego do przedstawienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale. Dokument taki otrzymał 25 maja 2012r.
Przystępujący poparł argumentację zamawiającego. Stwierdził, że odwołujący nie udowodnił stawianych zarzutów pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu. Oświadczył, że w postępowaniu złożył wszelkie wymagane dokumenty zgodnie z warunkami SIWZ, w tym dokumenty złożone w języku obcym wraz z tłumaczeniami.
Na potwierdzenie stanowiska złożył na rozprawie dodatkowo orzeczenie o zgodności zbudowanego (…) obiektu z 30 października 2009r., protokół odbioru ukończonej budowy z listopada 2008r., oświadczenie spółki SIBSZACHTOSTROJ dotyczące jego zobowiązania z 12 marca 2012r. zawartego w ofercie, odpis z rejestru osób prawnych ze wskazaniem pozycji 230, gdzie wpisano pana Iwuszkina jako uprawnionego do reprezentacji. Na podstawie złożonych dokumentów stwierdza, że przedmiotem wykonywanych prac były roboty budowlane o wymaganej postanowieniami SIWZ wartości. Potwierdził że złożył zamawiającemu na wezwanie pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Stwierdził, że wykazywane prace i ich zakres były złożone i z tego powodu dokument końcowego pozwolenia został wydany po upływie czasu niezbędnego na dokonanie ruchu próbnego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie wskazując, że posiada interes w uzyskaniu wnioskowanego rozstrzygnięcia, gdyż w razie przeprowadzenia przez zamawiającego aukcji jego oferta może uznana za najkorzystniejszą, a z uwagi na wniesione przez niego własne odwołanie, w razie jego uwzględnienia, jego oferta będzie najkorzystniejsza z uwagi na brak przesłanek do przeprowadzenia aukcji i brak innych ofert niepodlegających odrzuceniu. Z kolei

uwzględnienie zarzutów odwołującego doprowadziłoby do uznania tej oferty za najkorzystniejszą

kosztem odrzuconej oferty przystępującego.

Sygn. akt: 1025/12
ELEKTROMETAL S.A. z siedzibą w Cieszynie (dalej: odwołujący), złożył dnia 21 maja 2012 r. odwołanie na czynności zamawiającego w postaci:
1) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum: KOPEX Electric Systems S.A. oraz STALKOWENT Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum"), mimo, iż złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 47, poz. 211 z późn. zm.; dalej: „ZwNieKonkU");
2) zaniechania odrzucenia oferty TERMOWENT TECHNOLOGY Piotr Jamrozik (dalej: „Termowent"), której złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w postaci wskazanej w art. 3 ust. 1 ZwNieKonkU;
3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum, które Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym niezbędnym do realizacji zamówienia (nie przedstawiło dokumentu potwierdzającego dysponowanie tym potencjałem nie później, niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert);
4) zaniechania wykluczenia Termowent , kyóry nie wykazał spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym niezbędnym do realizacji zamówienia (nie przedstawił dokumentu potwierdzającego dysponowanie tym potencjałem nie później, niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert);
5) wyznaczenia terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej, mimo, iż brak przesłanek ustawowych do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w ten sposób;
6) zaproszenia Konsorcjum oraz Termowent do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu (względnie - wykonawcy ci winni być wykluczeni z postępowania).
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji;
b) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, poprzez nie odrzucenie ofert Konsorcjum oraz Termowent, mimo, iż złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ZwNieKonkU;
c) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, mimo, iż złożone przez nich dokumenty nie potwierdzały, aby dysponowali oni wymaganym potencjałem osobowym;

d) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Termowent z postępowania, mimo, iż złożone przez nich dokumenty nie potwierdzały, aby dysponowali oni wymaganym potencjałem osobowym ;
e) art. 9la ust. 1 PZP, poprzez wyznaczenie terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty, pomimo nie złożenia w postępowaniu co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu;
f) art. 9la ust. 1 PZP, poprzez zaproszenie Konsorcjum oraz Termowent do udziału w aukcji elektronicznej, mimo, iż ich oferty podlegały odrzuceniu (względnie - wykonawcy Ci winni być wykluczeni z postępowania).
Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
A. unieważnienia czynności wyznaczenia terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz zaproszenia Konsorcjum i Termowent do udziału w tej aukcji, a w przypadku przeprowadzenia aukcji po wniesieniu niniejszego odwołania - nakazanie unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
B. odrzucenia oferty Konsorcjum, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
C. odrzucenia oferty Termowent, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
D. wykluczenia Konsorcjum z postępowania, jako podmiotu, który nie wykazał spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym, który jest niezbędny do wykonania zamówienia;
E. wykluczenia Termowent z postępowania, jako podmiotu, który nie wykazał spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym, który jest niezbędny do wykonania zamówienia;
F. dokonania ponownej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji

nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
Do udziału w aukcji elektronicznej zostali zaproszeni następujący wykonawcy: 1/ Konsorcjum: KOPEX Electric Systems S.A. i STALKOWENT Sp. z o.o.; 2/ TERMOWENT TECHNOLOGY Piotr Jamrozik; oraz 3/ ELEKTROMETAL S.A.
Odwołujący podnosi, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku zachowania zamawiającego zgodnie z przepisami, oferta Odwołującego musiałaby być uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający winien odrzucić oferty Konsorcjum i Termowent (ewentualnie wykluczyć z postępowania), co skutkowałoby tym, że Zamawiający nie mógłby przeprowadzić aukcji elektronicznej, a jedyną ofertą byłaby oferta Odwołującego.
Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP
Odwołujący podnosi, że oferta Konsorcjum i oferta Termowent zostały złożone w wyniku dopuszczenia się przez tych wykonawców tzw. „zmowy przetargowej", działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy lub klienta. Także w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02. 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U z 2007r., Nr 50, poz. 331; dalej: „OchrKonkU") wskazano, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Z tego typu sytuacją mamy - zdaniem Odwołującego - do czynienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący podnosi, iż z treści ofert Konsorcjum i Termowentu wynika, że wykonawcy ci uzgodnili warunki składanych ofert w celu eliminacji innych wykonawców (a w konsekwencji w celu zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednego z nich).
Ceny oferty Konsorcjum wskazane w załączniku nr 1 do oferty („Harmonogram rzeczowo-finansowy robót") w każdej z pozycji pozostają w stałej proporcji do cen oferty Termowent (we wszystkich analogicznych pozycjach), a to świadczy o tym, że wykonawcy ci w zmowie przystąpili do przetargu.
Fakt, iż Konsorcjum zaproponowało ceny niższe (w każdej z 37 pozycji „Harmonogramu rzeczowo-finansowego robót) o dokładnie 4% od cen zaproponowanych przez Termowent świadczy - zdaniem Odwołującego - o tym, że ceny te były wzajemnie uzgadniane między tymi wykonawcami (którzy prawdopodobnie liczyli na to, że wyłącznie ich oferty nie zostaną odrzucone i będą oni wtedy mogli „zmusić" Zamawiającego do wyboru ich droższej oferty - poza aukcją elektroniczną lub na to, że doprowadzą do aukcji elektronicznej w sytuacji, gdyby nie będzie przesłanek jej przeprowadzania). Jak stwierdził, teza ta znajduje uzasadnienie w świetle zasad logicznego rozumowania oraz zasad doświadczenia życiowego, gdyż nie jest możliwe, by - przy braku porozumienia wykonawców - jeden wykonawca zaproponował dla każdego z 37 rodzajów robót cenę niższą o taką samą wartość (tu: 4%) od ceny zaproponowanej przez innego wykonawcę w analogicznych pozycjach harmonogramu. W wyroku z dnia 27.09. 2011 roku KIO wskazała, „że analogia kalkulacji w ofertach wobec powtarzających się relacji nie jest wynikiem przypadku, a taki sposób sporządzenia ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców, którzy w odróżnieniu od przystępujących konsorcjów nie dysponowali wiedzą o innych wykonawcach i ich ofertach (KIO 1962/11). Także w wyroku KIO/UZP 1874/10, przyjęto, że identyczny stosunek różnicy cen (za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia) świadczy o tym, że obie oferty były przygotowywane w porozumieniu. Wskazano, że mało prawdopodobnym jest dokonanie tak precyzyjnej wyceny obu ofert, aby w żadnej z pozycji nie było innych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi pozycjami, niż o stały wskaźnik. W wyroku KIO 2492/11stwierdzono, że identyczny sposób prezentacji kosztu w ramach pozycji

11 kosztorysu ofertowego potwierdza istnienie porozumienia pomiędzy wykonawcami.
Odwołujący podnosi, iż o zmowie świadczą również tożsame doświadczenie i referencje; a

także fakt, iż obaj wykonawcy - dla wykazania iż spełnienia warunków doświadczenia przywołali wspólne wykonanie tej samej inwestycji.
Z oferty Termowent wynika, że wykonawca wykonał w okresie od 29.10.2009 r. do 27.10.2011 r. dla Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. inwestycję: Budowa kompletnej stacji wentylatorów głównych szybu 2.1 wyposażonej w dwa wentylatory typu WPK 3.9/SK, a jej wartość wyniosła 26 371 200,00 PLN brutto /załącznik nr 3 do oferty/. Na potwierdzenie Termowent dołączył referencje Lubelskiego Węgla „Bogdanki" S.A. z 19.12.2011 roku.
Z oferty Konsorcjum wynika natomiast, że wykonawca wykonał trzy inwestycje, z czego w pozycji nr 3 wskazano tą samą, na którą powołał się Termowent z identycznymi referencjami, jak Termowent.
Odwołujący zauważa, że w ofercie Konsorcjum powołano inwestycje wykonane przez inny podmiot, niż Konsorcjum. W pozycji nr 1 wykonawcą inwestycji był Zakład Elektroniki Górniczej ZEG S.A., a wykonawcą inwestycji wskazanej w pozycji nr 2 było konsorcjum: ZEG S.A., OVUM Sp. z o.o. oraz Stalkowent Sp. z o.o. Na potwierdzenie należytego wykonania tych inwestycji wykonawca dołączył dokument „wystawione" wyłącznie na Zakład Elektroniki Górniczej ZEG S.A. / pismo KW SA ze s. 18 oferty Konsorcjum i pismo KW SA z dnia 6.IX.2010r. (s. 19 oferty Konsorcjum - w aktach postępowania przetargowego). Z uwagi na brak pisemnego zobowiązania Zakład Elektroniki Górniczej ZEG S.A. do udostępnienia Konsorcjum swojego doświadczenia w zakresie wskazanym w pozycji nr 1 i nr 2 załącznika nr 3 do oferty należy przyjąć, że doświadczenie to nie mogło być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Jedynie inwestycja wskazana w pozycji nr 3 mogła podlegać ocenie, gdyż wyłącznie ona potwierdza doświadczenie jednego z uczestników Konsorcjum (również referencje są „wystawione" na jednego z uczestników Konsorcjum). Ma to istotne znaczenie, gdyż inwestycja ta jest tożsama z powołaną przez Termowent (Konsorcjum musiało przywołać inwestycję z pozycji nr 3 załącznika nr 3 do swojej oferty, gdyż pozostałe inwestycje nie potwierdzały spełnienia warunków i zostały prawdopodobnie przywołane wyłącznie celem ukrycia zmowy wykonawców). Świadczy to, iż podmioty, które są „teoretycznie" swoimi konkurentami w przeszłości ściśle współpracowały. Mimo, iż sama ta okoliczność nie przesądza bezpośrednio o tym, że Konsorcjum i Termowent uzgodnili wzajemnie swoje oferty, to - wraz z pozostałymi wskazanymi tu okolicznościami - tezę tą w dostatecznym stopniu uprawdopodobnia.
Odwołujący zwraca również uwagę na tożsamy potencjał osobowy którym zamierzają się posłużyć Konsorcjum i Termowent przy wykonaniu zamówienia. Wskazało na osoby, które

zostaną udostępnione przez BUDOSERWIS Z.U.H. Sp. z o.o., a także przez OPA-ROW Sp. z o.o. Dołączono pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania tego potencjału.
Do oferty Termowent dołączono także pisemne zobowiązania KOPEX Electric Systems S.A. i STALKONWENT Sp. z o.o. do udostępnienia Termowent tych zasobów (Termowent przedstawił nawet - celem udowodnienia, że KOPEX Electric Systems S.A. i STALKONWENT Sp. z o.o. mają prawo dysponowania tymi osobami - identyczne dokumenty wystawione przez BUDOSERWIS Z.U.H. Sp. z o.o., a także przez OPA-ROW Sp. z o.o., jakie dołączono również do oferty Konsorcjum).
Z tego wynika, że w postępowaniu jeden wykonawca udostępnia drugiemu (konkurencyjnemu) wykonawcy własne zasoby, by ten mógł wziąć udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem wykonawcy, którzy powinni być konkurentami podejmują współpracę, celem dopuszczenia ich obu do udziału w postępowaniu. Świadczy to o tym, że istnieje pomiędzy nimi porozumienie którego celem jest ułatwienie uzyskania zamówienia jednemu z nich. Sama chęć wsparcia jednego wykonawcy przez innego uczestnika danego postępowania (bez którego ten pierwszy nie mógłby wziąć udziału w postępowaniu) świadczy o istnieniu porozumienia (zmowy) pomiędzy nimi. Jest to zjawisko, które nie znajduje uzasadnienia gospodarczego i oznacza działanie na szkodę wykonawcy, który wspiera swojego konkurenta. Z tych okoliczności wynika, że Konsorcjum oraz Termowent wspólnie przygotowali ofertę i działali w zmowie, celem wyeliminowania innych wykonawców. Naruszyło to interesy zarówno Odwołującego, jak i Zamawiającego oraz naraziła ich na szkodę. Wykonawcy uzyskali nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami, znali bowiem treść własnych ofert, a pozostali wykonawcy takiej wiedzy nie posiadali. Skutkiem zmowy było też sztuczne „namnożenie" ofert, co spowodowało, że

Zamawiający jest obecnie zmuszony przeprowadzić aukcję elektroniczną. Gdyby natomiast Konsorcjum i Termowent nie uzgodnili swoich ofert, lecz złożyli wspólną ofertę, to oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą. W takim przypadku brak byłoby bowiem przesłanek do przeprowadzenia aukcji (pozostałoby wyłącznie dwóch wykonawców, a oferta Odwołującego wskazuje obecnie na najniższą cenę). Praktyka zastosowana przez Konsorcjum i Termowent zagraża również interesom Zamawiającego. Wykonawcy ci liczyli bowiem prawdopodobnie na to, że jedynie ich oferty nie będą podlegać odrzuceniu. a więc Zamawiający nie będzie miał obowiązku przeprowadzenia aukcji. W takim przypadku natomiast mogliby z łatwością przeforsować ofertę z wyższą ceną, czym naraziliby Zamawiającego na szkodę (np. poprzez celowe nie uzupełnienie braków oferty tańszej).
Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP odwołujący podnosi, iż Konsorcjum oraz Termowent podlegają wykluczeniu z postępowania, gdyż nie przedstawili (w uzupełnieniach swoich ofert) dokumentów, z których wynikałoby, że dysponowali (wymaganymi przez Zamawiającego zasobami osobowymi) nie później, niż w dniu, w którym

upłynął termin składania ofert. Wykonawcy ci przedstawili - w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie odpowiednimi zasobami osobowymi) dokumenty, z których nie wynika, czy te zasoby zostały pozostawione do dyspozycji tych wykonawców jeszcze przed, czy też po terminie składania ofert (dokumenty te nie są opatrzone żadną datą).
Wykonawcy przedstawili takie same dokumenty, a w ich treści nie wskazano ani daty ich wystawienia, ani daty udostępnienia zasobów, zatem nie wykazali, że będą dysponowali tymi zasobami nie później, niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj zgodnie z warunkiem ustawowym (art. 26 ust.3). Odwołujący wskazuje na orzecznictwie KIO (42/11, 1945/10, 1694/10). Z tego względu przyjmuje, że zarówno Konsorcjum, jak i Termowent nie wykazali jednego z warunków udziału w postępowaniu, a więc podlegają na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczeniu.
Na rozprawie odwołujący dodatkowo na poparcie tezy o identycznych proporcjach cenowych w ofercie przystępującego i firmy Termowent złożył zestawienie cen jednostkowych zawartych w czterech ofertach złożonych w postępowaniu. Stwierdził również, że przystępujący oraz Termowent zaoferowali różne typy wentylatorów wymagające innych silników różniących się znacznie ceną (pozycja 14 harmonogramu rzeczowo – finansowego), natomiast ich ceny w ofertach wskazanych wykonawców są znacząco zbliżone.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Przyznał, że z treści ofert wynika, że podmioty te znały treść swoich ofert, natomiast ocena czy ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie musi być jednoznaczna i może być ewentualnie wynikiem dalszego wnioskowania.
Stwierdził, że w jego ocenie, zarówno przystępujący, jak i wykonawca Termowent, wykazali spełnienie warunków udziału. Zauważył, że w ofertach wskazano wymagany potencjał osobowy, natomiast w odpowiedzi na wezwanie zamawiający uzyskał informacje, które osoby należy przypisać jakim podmiotom, a zatem wykazano dysponowanie osobami w dacie składania ofert i zbędne było uzyskiwanie w tym zakresie informacji o dacie udostępnienia zasobu.
Przystępujący stwierdził że odwołujący nie przedstawił dowodu iż złożenie kwestionowanych przez niego ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnił że podobieństwo cen poszczególnych pozycji w harmonogramie finansowym złożonych ofert jest naturalne i wynika z faktu że firma Termowent w razie wyboru jej oferty posłuży się podwykonawcą to jest firmą Stalkowent do której zwróciła się o przedstawienie oferty podwykonawczej obejmującej całość zamówienia. Składając własną ofertę uwzględniła cenową ofertę podwykonawczą zapewne powiększając cenę o ok. 4%. Przystępujący

stwierdził, że nie znał oferty drugiego wykonawcy, natomiast znana mu była treść oferty podwykonawczej.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i

uczestników postępowania odwoławczego stwierdziła, co następuje.

W związku ze złożonym przez zamawiającego oświadczeniem o unieważnieniu czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia aukcji elektronicznej i dokonywaniu ponownego badania i oceny ofert, Izba uznała za bezprzedmiotowe rozpatrywanie zarzutów i żądań zawartych w obydwu odwołaniach, dotyczących naruszenia art. 91 ust. 1a ustawy prawo zamówień publicznych.
W wyniku przeanalizowania stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy Izba zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 994/12
Izba nie uznała za zasadny podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenie art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Elektrometal, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu opisanych w pkt XII. 1.1 SIWZ.
Jak stwierdził sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania informacje zawarte w ofercie oraz wyjaśnieniach wykonawcy złożonych zamawiającemu w piśmie z dnia 2 maja 2012 r. dotyczące wydania pozwolenia na użytkowanie lub zezwolenia na oddanie do ruchu urządzeń „mogą być nieprawdziwe". Powyższe domniemanie nie zostało poparte żadnym dowodem. W ocenie Izby powyższa sugestia została również skutecznie obalona dowodami z dokumentów przedłożonych na rozprawie przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w szczególności treścią orzeczenia o zgodności obiektu z warunkami regulaminów (norm i ram) technicznych, innych normatywnych aktów prawnych i dokumentacji projektowej pod numerem sprawy 42-029-07; Nr 1351-r z dnia 30 października 2009 roku wydanego przez uprawniony organ Federalnej Służby Nadzoru Ekologicznego i Technicznego jako organ właściwy w zakresie państwowego nadzoru górniczego w Federacji Rosyjskiej. Powyższy dokument, jak również przedstawiony protokół odbioru ukończonej budowy obiektu, w którym wskazano podmiot OOO OK Sibszchtostroj jako generalnego wykonawcę obiektu budownictwa inwestycyjnego pod nazwą: Urządzenia tłoczne wentylatora WSK-8-Nr 31/2x630 kW dają podstawę do uznania, że wskazane prace miały charakter robót budowlanych w zakresie wymaganym postanowieniami siwz w pkt XII.1.1. w brzmieniu obowiązującym na dzień składania ofert o wymaganej wartości.

Tym samym treść referencji na stronie 41 oferty przystępującego i oświadczenia podmiotu trzeciego (strona 45), a także wyjaśnień w piśmie z 2 maja 2012r. pozwala na stwierdzenia, że wykonane prace w pozycji 1 i 4 referencji wskazane także w piśmie z 2 maja 2012r. tj. wentylator wentylacji głównej i nadziemny obiekt kopalniany szybu przenośnikowego stanowiły roboty budowlane.
Izba po dokonaniu analizy treści dokumentu na stronie 43 i 45 (tłumaczenie) oferty przystępującego stwierdziła, że Zjednoczona spółka Sibszachtostroj w piśmie zatytułowanym „Pisemne zobowiązanie dostarczenia zasobów – wiedzy i doświadczenia, niezbędnych dla realizacji zamówienia" zawarła stwierdzenie, że „proponuje współpracę firmie Elektrometal", a przekazanie wiedzy i doświadczenia proponuje „za pośrednictwem udziału naszej spółki w realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawstwa na wykonanie prac lub w inny sposób, na przykład, w postaci konsultacji i udzielania porad w trakcie wykonywania prac."
Treść powyższego dokumentu stanowi w ocenie składu orzekającego jedynie wstępną propozycję współpracy i pomimo zawarcia w tytule słowa „zobowiązanie", w kontekście cytowanych sformułowań, nie może być uznana za zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy składającego ofertę zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. W konsekwencji Izba uznaje, że złożone oświadczenie podmiotu trzeciego jest niejednoznaczne i nie może być uznane za zobowiązanie o treści wymaganej przepisem art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Oznacza to, że zaistniały przesłanki do wezwania przystępującego przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy celem uzyskania potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o czym rozstrzygnięto w pkt 1.A. sentencji wyroku.

Sygn. akt KIO 1025/12
Izba uznała, że złożenie ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia tj. oferty Kopex Electric Systems S.A. z siedzibą w Tychach i Stalkowent Sp. z o.o. w Zabrzu oraz oferty Termowent Technology Piotr Jamrozik z siedzibą w Zabrzu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu określony w art. 3 ust. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 47, poz. 211 ze zm.) i w konsekwencji oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego twierdzenie odwołującego o identycznych proporcjach cenowych w ofercie przystępującego i firmy Termowent w zakresie wszystkich składników cenowych harmonogramów rzeczowo finansowych i cen ostatecznych na poziomie 4% zostało udowodnione. Okoliczność tę przyznał także zamawiający, który oświadczył w toku rozprawy, że z treści ofert wynika, że podmioty te znały treść swoich ofert przed terminem ich składania. Wykazana analogia kalkulacji w ofertach i stała ich relacja nie może być w

21

---

ocenie Izby wynikiem przypadku, a taki sposób sporządzenia ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców. Powyższa zbieżność cenowa została także przyznana przez przystępującego, który na rozprawie wyjaśnił, że podobieństwo cen poszczególnych pozycji w harmonogramie finansowym złożonych ofert jest naturalne i wynika z faktu, że firma Termowent w razie wyboru jej oferty posłuży się podwykonawcą to jest firmą Stalkowent, do której zwróciła się o przedstawienie oferty podwykonawczej obejmującej całość zamówienia, stąd też składając własną ofertę uwzględniła cenową ofertę podwykonawczą zapewne powiększając cenę własną o ok. 4%. Powyższe wyjaśnienie prowadzi do wniosku, że pomiędzy wskazanymi wykonawcami z założenia nie doszło do realnego konkurowania, a złożenie oferty wspólnej przez podmiot, który deklaruje ewentualne stuprocentowe podwykonawstwo na rzecz innego oferenta prowadzi do uzasadnionego wniosku, że czynność taka dodatkowo stanowi próbę obejścia przepisu art. 82 ust. 1 ustawy pzp zezwalającemu wykonawcy na złożenie tylko jednej oferty. W okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy Izba uznała zatem, że oferta Konsorcjum i oferta Termowent zostały złożone w wyniku działania sprzecznego dobrymi obyczajami na rynku, który z założenia powinien być konkurencyjny, mając na celu zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez jednego z nich. Powyższy wniosek wydaje się potwierdzać fakt, że wskazani wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawili tożsamy potencjał osobowy którym zamierzają się posłużyć przy wykonaniu zamówienia składając pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania tego potencjału.
Jakkolwiek sam fakt udostępnienia drugiemu (konkurencyjnemu) wykonawcy własnych zasobów, sam w sobie nie jest zakazany, stanowi kolejną przesłankę świadczącą o istnieniu porozumienia pomiędzy nimi i nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Z powyższych względów, wobec uznania zarzutu za uzasadniony, Izba nakazała odrzucenie ofert wykonawców wskazanych w pkt 1.B. wyroku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.
Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne. W szczególności należy podzielić stanowisko zamawiającego, że wykonawcy składając oferty potwierdzili spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganymi zasobami osobowymi nie później, niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, natomiast w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, zgodnie żądaniem zamawiającego ponownie przedstawili te same zasoby i dodatkowe informacje wskazujące na miejsce zatrudnienia poszczególnych osób wymienionych w wykazie załączonym do oferty.
W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji wyroku.

22

O kosztach postępowania odwoławczego w zakresie obydwu odwołań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....

.....
.....