

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lutego 2010 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

Przewodniczący : SSO Piotr Wojski

Sędziowie: SSO Joanna Staszewska (spr.)

SSR dek Kwel TaJarczyk

Protokolant; sekr. sądowy Bcała Dąbrowska

po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2010 r. na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum WOJAS SA w Nowym Targu i PPO
Przedsiębiorstwo Państwowe w Si rzekach Opolskich

przeciwko zamawiającemu Ministrowi Obrony Narodowej reprezentowanemu
przez Agencję Mienia Wojskowego

z udziałem interwenienta ubocznego Tomasza Dewódzkiego prowadzącego
działalność gospodarczą pod firmą Demar Bis
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
od wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r. Or. sygn. akt. KIO/UZP 965/09

ODPIS

Sygn. akt V Ca 2446/09

LZASIA>N FENIE

Zamawiający: Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę ir/jewików letnich w 2010 r. Zamówienie zostało podzielone na trzy części,

W dniu 12 czerwca 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o:

- wykluczeniu Konsorcjum firm: Wojas S.A. i I/O Przedsiębiorstwo Państwowe w Nowym Targu (zwanego dalej Konsorcjum Wojas) z postępowania na podstawie art 24 ust, 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej Pzp.) i uznaniu oferty tego wykonawcy za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, o odrzuceniu,
 - odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DI i MAR Marek Tlewódzki, Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego PROTEKTOR S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ck Andrzej Mruk Sp.j., Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego (zwanego dalej Konsorcjum DEMAR) na podstawie lit. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp,
 - wyborcu oferty naj korzystniejszej w części III złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BEM AR BIS Tomasz Dewódzki.
- unieważnieniu postępowania w części III wobec nie złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Konsorcjum Wojas wniosło protesty dotyczące?

- wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- zaniechania wezwania Konsorcjum Wojas w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia „Wykazu wykonanych dostaw”,
- odrzucenia oferty Konsorcjum Wojas na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w wyniku uznania, iż Wojas S.A. złożyła w postępowaniu dwie oferty,

zainteresowani tym wykluczenia DEMAR BIS Tomasz Dewódzki i odrzuceniu oferty tego wykonawcy przyczyną były oferty Konsorcjum DEMAR.

- zaniechania wezwania Konsorcjum DEMAR oraz jego pełnomocnika do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego składu tego Konsorcjum oraz zakresu pełnomocnictwa,
- oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II,

Unieważnienia postępowania w części III.

Konsorcjum Wojas zażądało:

- unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II; unieważnienia postępowania w części III; wykluczenia z postępowania Konsorcjum Wojas, uznania / jej odrzuconą, oferty Konsorcjum Wojas, odrzucenia oferty Konsorcjum Wojas z powodu uznania, że wykonawca Wojas S.A. złożył w postępowaniu. dwie oferty, czym naruszył przepis art. 82 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 Pzp,

- wezwania Konsorcjum Wojas do uzupełnienia "Wykazu wykonanych dostaw".

- wykluczenia P3V. DKMAR-BIS Tomasz Dewódzki z postępowania.

z ostrożności procesowej - wezwaniu P.W. UHMAR-firma Tomasz Dewódzki do uzupełnienia aktualnej informacji z K.RK. omz Wykazu dostaw;

- odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki oraz oferty Konsorcjum DEMAR, których złożenie stanowi czyn niuczciwej konkurencji,

- wezwania Konsorcjum DEMAR oraz jego pełnomocnika do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego składu konsorcjum i zakresu pełnomocnictwa. powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach postępowania. Konsorcjum Wojas zarzuciło w protestach naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art.

24 ust. 4, art. 26 ust 3 Pzp, art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. str. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp. W uzasadnieniu odwołujących podniósł, że następuje:

b Brak przesłanek do odrzucenia oferty Konsorcjum Wojas na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1 i art. 7 Pzp.

Konsorcjum Wojas kategorycznie zaprzeczyło, jakoby członek Konsorcjum Wojas - firma Wojas S.A. złożyła w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty. Firma Wojas S.A. w ramach przedmiotowego postępowania jest członkiem tylko Konsorcjum Wojas. Nie jest i na chwilę składania ofert nie była członkiem Konsorcjum IJEMAR. Przyznano, że firma Wojas

S.A. planowała uczestniczenie w przedmiotowym postępowaniu jako członek Konsorcjum DEMAR-PROJEKTOR-ARM-SPWS i nawet podpisała w dniu 22 maja 2009 r. umowę konsorcjum. Jednakże pomiędzy dniem 22 maja 2009 r. i w czerwcu 2009 r. zaszły okoliczności, których skutkiem było wypowiedzenie przez firmę Wojas S.A. pełnomocnictwa pełnomocnikowi Konsorcjum DEMAR-PROJEKTOR-ARM-SPWS oraz wystąpienie z tego konsorcjum, a z drugiej strony Konsorcjum 15RMAR-PROTEKTOR-ARM-SPWS i pełnomocnik tego konsorcjum podjęli czynności wykluczenia firmy Wojas S.A. z Konsorcjum UEMAR-PROTEKTOR-ARM-SPWS. Odwołujący wyjaśnił, że niemal natychmiast po zawarciu umowy konsorcjum firma Wojas S.A. powzięła podejrzenie, że jedynym celem zawiazania Konsorcjum IJEMAR było "Wiązanie" wszystkich potencjalnych wykonawców zamówieniu w taki sposób, aby nie mogli złożyć ofert, a następnie - przekazanie przez Marka Dewódzkiego swojemu synowi Tomaszowi Dewódzkiemu informacji o cenie składanej oferty, tak, aby Tomasz Dewódzki złożył oferty konkurencyjną - z niższą ceną. Wskazał, iż powyższe informacje pochodziły z wiarygodnych źródeł, gdyż firma Wojas S.A. oraz zakład główny P.W. DEMAR Marek Dewódzki znajdują się w bezpośrednim sąsiedztwie. Jedną część członków tej samej rodziny zatrudniona jest w zakładzie głównym IJEMAR, a druga część - w Wojas S.A. Wykonawca Wojas S.A. pozyskał też informacje, że na słowni magazynu, mieszającego się w siedzibie zakładu głównego DEMAR w Nowym Targu znajduje się ok. 30.000 par gotowego obuwia, tożsamego z przedmiotem zamówienia. Ponadto, odwołujący wskazał, że z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum DEMAR-PROJEKTOR-ARM-SPWS nie wynika, że oferta została złożona przez konsorcjum, w którego skład wchodzi firma URJUS S.A. W formularzu oferty umieszczano firmowe pieczętki 4 firm (członków konsorcjum), przy czym brak jest pieczętki Wojas SA, gdyż wykonawca ten w dniu sporządzania oferty nie był już członkiem konsorcjum.

W dniu 27 maja 2009 r. firma Wojas S.A. wypowiedziała pełnomocnictwo Adamowi Łowicki - pełnomocnikowi Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-SPWS (informując o tym pozostałych członków konsorcjum), tym dniu maja 2009 r. zgłosiła wystąpienie z konsorcjum. O tym fakcie został poinformowany także zamawiający. W dniu 1 czerwca 2009 r. pełnomocnik poinformował Wojas S.A. o „wyrzuceniu” spółki Wojas S.A. z konsorcjum. Jednocześnie firma P.W. DEMAR Marek Dewódzki została wezwana do wnieścia wadium za firmę Wojas S.A.

Odwołujący wskazał na treść art. 7 umowy konsorcjum z dnia 22 maja 2009 r. „Członkowie udzielonego pełnomocnikowi konsorcjum pełnomocnictwa może nastąpić jedynie w przypadku wyrażenia na piśmie zgody pod rygorem nieważności przez wszystkie strony konsorcjum” i stwierdził, że wyrażenie to jest sprzeczne z przepisem art. 1 § 1 k.c., zgodnie z którym pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że nadawca zrzekł się odwołania. Istotnym elementem z przyczyną zasadniczą stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Zdaniem odwołującego umowa konsorcjum nie zawiera zrzeczenia się uprawnienia do odwołania pełnomocnictwa. Istotnym elementem jest udział Adamowi Lange mogło i nadal może być

wypowiedziane przez poszczególnych członków. Firma Wojas S.A. została umyślnie wprowadzona w błąd w rozumieniu art. 84 k.c. przez Marka Dewódzkiego co do okoliczności zawierania umowy konsorcjum, w której czegoś dożyła stosownie OŚWiadek przed terminem

składania uleci. Odwołujący wyjaśnił, że nie było możliwe przesłanie do zamawiającego oryginału dokumentu wypowiedzenia pełnomocnictwa, gdyż oryginał został wysłany do adresata. Do zamawiającego przesłano kopię oświadczeń, co należy uznać za wystarczające. Wobec powzięciu w powyższym zakresie wątpliwości, odwołujący powinien był wezwać Konsorcjum Wojas oraz Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-es-SPWS do złożenia wyjaśnień.

J. track przesłanek do wykluczenia Konsorcjum Wojas z postępowaniu, obowiązek zastosowania art. 26 ust 3 Pzp.

Uznając, że firma Wojas S.A. nie złożyła dwóch ofert w przedmiotowym postępowaniu, nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, a zatem zamawiający zobowiązany jest wezwać Konsorcjum Wojas do uzupełnienia Wykazu dostaw w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,

2. Track przesłanek do unieważnienia postępowania w części II.

Wobec nieuzasadnionego wykluczenia Konsorcjum Wojas z postępowania zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

3. Zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki wobec braku prawidłowego zaświadczenia o niekaralności.

Zamawiający w rozdz. VI pkt 4 siwz wymagał złożenia aktualnej informacji o Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 -8 Pzp. P.W. DEMAR-OIS Tomasz Dewódzki złożył dokument, w którym nie wypełniono pkt 4. Powyższy dokument można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ale musiałby on potwierdzać spełnianie wymagań najpóźniej na dzień składania ofert, co nie jest możliwe.

4. Zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-FI ES Tomasz Dewódzki wobec podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w rozdz. V siwz postawił wymóg wykazania się dostawami Ir/rwików o określonej wadomości, przy czym nie mniej niż 5% tej wartości mają Sternowie trzewiki montowane systemem bezpośredniego wttrysku. W przypadku oferty, która obejmuje "więcej niż jedną część zamówienia, wartość brutto wykonanych dostaw nie może być mniejsza od sumy wartości określonych dla poszczególnych części". P.W. DEMAR-HIK Tomasz

Dewódzki złożył ofertę w części I i II. zatem powinien wykazać się dostawami trzewików na kwotę 15.400.000 zł. Wykonawca w Wykazie dostaw wskazał dostawy Irzewików (puzycja I i 3) wyłącznie na kwotę 7.749.011,90 zł. W pozycji 2 wskazano dostawę butów specjalnych, które nie są trzewikami. Zamawiający nie może w tym przypadku skorzystać z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wykonawca podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. 2 ostrożności procesowej odwołujący wskazał na ewentualny obowiązek uzupełnienia Wykazu dostaw na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

6. Zaniechanie odrzuceniu oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki i oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-es-SPWS na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 3 Pzp. gdyż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na działanie Tomasza Dewódzkiego w ramach umowy przetargowej z Markiem Dewódzkim, będącym członkiem Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-es-SPWS.

Odwołujący wskazał, że P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki zaoferował w przedmiotowym postępowaniu cenę niższą niż Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-es-SPWS, w skład którego wchodzi ojciec Tomasza Dewódzkiego - Marek Dewódzki.

Zważywszy pokrewieństwo można domniemywać, iż ojciec przekazał synowi cenę oferty ustaloną przez Konsorcjum DEMAR-PROIEKT(K)-ARM-ex-SPWS tworząc w ten sposób możliwość wykorzystania tej informacji w ofercie syna. Marek Dewódzki i Tomasz Dewódzki z reguły tworzą konsorcja, w których obaj biorą udział składając od trzech lat wspólnie oferty i ujawniając tym samym bliską współpracę handlową. Pośrednio bliskiej współpracy dowodzi także identyczny rdzeń nazwy obu firm. Nadto, Tomasz Dewódzki w złożonej ofercie dokonał zapisu, iż całość zamówienia wykona podwykonawca, Krąg podmiotów zdolnych do wykonania tego zamówienia jest niewielki, ale z pewnością jest ono wykonalne dla Marka Dewódzkiego.

Z treści zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej ww. przedsiębiorców wynika, że oddział zakładu głównego Marek Dewódzki P. W. DEMAR jest zakładem produkcyjnym P. W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki mieści się pod tym samym adresem. Zdaniem odwołującego jest oczywiste, że chodzi o ten sam zakład, który ma wykonywać przedmiotowe zamówienie.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosił przystąpienie wykonawca Tomasz Dewódzki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. W.

DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący wskazał, że w postępowaniu zastały złożone dwie oferty przez dwa różne konsorcja, w których występuje ten sam wykonawca - WOJAS SA, co stanowi naruszenie art. 82 ust. 1 Pzp. Podniósł, że informacja z KRK spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, a niewypełnienie pkt 11 dokumentu nie wpływa na prawidłowość dokumentu. Wyjaśnił, iż bezpodstawnym jest zarzut dotyczący wykazania w ramach doświadczenia wykonawcy dostaw butów specjalnych, jako że stanowią one typ obuwia - trzewik, co wynika m.in. z terminologii normy PN-S 5/0-91 (HM). Sławił, że ten sam adres prowadzenia działalności gospodarczej nie stanowi podstawy do postawienia zarzutu z umowy przetargowej. Zauważył, że również odwołujący pod tym samym adresem prowadzi swoją działalność. Przystępujący potwierdził, że w przeszłości ubiegał się o zamówienia wspólnie z firmą P. W. DEMAR Marek Dewódzki, co nie może być podstawą do stwierdzenia z umowy przetargowej. Podkreślił, że zarzut odwołującego oparty został na domysłach i manipulacji.

Zamawiający urezeczywistnił protestu w ustawowym terminie, co jest równoznaczne z oddaleniem protestu w trybie art. 183 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie od oddalenia protestu. Powtórzył w odwołaniu zarzuty zawarte w protestie dotyczące naruszenia:

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji,
- art. 01 ust. 1 Pzp, poprzez wybór w części I i II jako najkorzystniejszej oferty - oferty, którą nie jest najkorzystniejsza,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp., poprzez unieważnienie postępowania w części III, pomimo, iż w tej części złożono ofertę, która nie podlega odrzuceniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania a odwołującego, pomimo, iż nie podlega on wykluczeniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, iż oferta złożona przez Logo wykonawcę nie jest sprzeczna z ustawą Pzp,
- art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia "Wykazu wykonanych dosław",

- art. 82 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 P/p, poprzez uznanie, iż wykonawca Wojas

S.A. złożył w przedmiotowym postępowaniu i u dwie oferty.

- art. 24 ust 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia P.W, DFIMAR-BIS Tomasz

Dewódzki, pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków,

-art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania

z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 24 ust. 3 Pzp, poprzez

zaniechanie wezwania PAV, DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki do uzupełnienia

innych danych z KRK.

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.W, DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki oraz oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR.-AR.M-ex

SPWS, pomimo, iż złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

-art. 87 ust. 1 Pzp. poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR.-AHM-ex-3PW5 oraz pełnomocnika tego konsorcjum do złożeniu wyjaśnień co do rzeczywistego składu konsorcjum i zakresu pełnomocnictwa.

Wykonawca Tomasz Dewódzki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Administracji Finansów wyrokiem z 21 września 2009 r. oddaliła odwołanie.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

W przedmiotowym postępowaniu oferty zgłosili trzej wykonawcy. W części I zamówienia zostały złożone trzy oferty, w części II zamówienia - trzy oferty oraz w części ITT - dwie oferty. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części zamówienia. Odwołujący złożył ofertę najniższą cenę w części I i II, natomiast w części ITT oferującą najwyższą cenę. Konsorcjum DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki złożyło ofertę najniższą w części I i II zamówienia. Z uwagi na powyższe, sytuację prawną odwołującego w postępowaniu nie ma wpływu ewentualne potwierdzenie słowne odwołującego dotyczące oferty Konsorcjum DEMAR, a ponadto oferta tego wykonawcy została odrzucona przez zamawiającego, która to czynność stała się skutkiem ostatecznego rozstrzygnięcia przez Izbę. Wykonawcy,

W świetle powyższego Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w wyniku dokonania wyboru jako zwycięzcy oferty w części I i II zamówienia, złożonej przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, tj. wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, i złożył oświadczenie o dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także w wyniku nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty. W konsekwencji również - w wyniku unieważnienia postępowania w części III zamówienia, KIO stwierdziła, że w powyższym zakresie odwołujący jest interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania.

I. Zarzuty dotyczące zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Tomasz Dewódzki P.W, DEMAR-BIS w części 1 i U zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w Związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia P.W. DEMAR.-BIS Jomiaz Dewódzki z powodu nie spełniania przez w. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożenia dokumentów potwierdzających ich spełnianie tych warunków.

W rozdz. VI pkt 2 Siwz zamawiający wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp. wystawionej nie wcześniej niż 60 dni przed upływem terminu składania ofert. Złożony w ofercie P.W. DEMAR -BIS Jomiaz Dewódzki dokument „Zapytanie o udzielenie informacji

o osobie" - zaświadczenie o niekaralności zostało wydane w dniu 15 kwietnia 2009 r. i zawiera wszystkie informacje pozwalające na uznanie, iż dokument ten stwierdza niekaralność Tomasa Dewódzkiego, Dokument potwierdza, że osoba ta nie figuruje w Kartotece Karcj. Brak wypełnienia przez wnioskodawcę w omawianym formularzu punktu II, który dotyczy wskazania „postępowania i/l, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4-6 i 10 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 50, poz. 600 z późn. zm.) w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie" nie ma wpływu na prawidłowość informacji. Potwierdza to także przepis art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292j, w którym stwierdza się, że „Jeżeli we wniosku nie określono rodzaju i zakresu danych, które mają być przedmiotem informacji, informacja ta powinna zawierać odpis wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawodniczych. Informacja zatem, iż Tomasz Dewódzki „nie figuruje w Kartotece Karnej" dotyczy wszystkich Jean rejestracyjnych i zawiadomień, tj. obejmuje najszerszy możliwy zakres informacji. Powyższe oznacza brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy Tomasz Dewódzki ■ osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą- na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp, a tym samym spełnianie wymogu określonego w ustawie Pzp i specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Wobec prawidłowości w dokumencie nie ma również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie w jej wymiarze P.W. DEMAR - BIS Tomasz Dewódzki do uzupełnienia aktualnej informacji z KfK, gdyż stosowna informacja została złożona przez wykonawcę w ofercie.

Izba stwierdziła, że „Wykaz zrealizowanych dostaw" złożony przez P.W, DEMAR -JUS Tomasz Dewódzki w ofercie (str. 15) potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, który został określony w rozdz. V pkt 1 Siwz. Dla potwierdzenia spełnienia ww. warunku, w przypadku złożenia oferty w części I E II zamówienia, należało wykazać wykonanie dostaw -trzewików". o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż dla części I zamówienia - 11 500 (K)0,00 zł i części II - 3 900 000,00 zł. Wykazane przez odwołującego dostawy wykazane przez P.W, DEMAR -JUS Tomasz Dewódzki w pozycji 2 „Wykazu", obejmujące obuwie Specjalne, odpowiadają warunkowi zawartemu w specyfikacji w zakresie wymaganego przedmiotu dostaw; (j, określonego typu obuwia. Jak wynika z treści normy przedłożonej przez przystępującego, PN 5/0:91 (WG „Obuwie Terminologia" (pkt 2.3.g), trzewiki - to (yp obuwia, wyróżniane ze względu na cechy konstrukcyjne i przeznaczenie. Powyższe potwierdził również zamawiający powołując się na normę PN-EN ISO 19952:2007 oraz zapis zawarty w pkt 2 Wojskowej Dokumentacji Technicznej (WDf) wzór 928/MON, iż były specjalne - to obuwie „typu trzewik z podwyższoną cholewką, (nadstawką obłożyli)". Zgodnie z powyższą linią zakresu pojęcia „trzewiki" jest szerszy od pojęcia „buty specjalne". Wynika z tego, że buty specjalne to szczególnie rodzaj obuwia typu Irewik. Zatem, wykonanie dostaw „butów specjalnych" stanowi zarazem dostawy „trzewików", o których mowa w treści warunku opisanego w Siwz. Jak wyjaśnił zamawiający pojęcie „trzewik" jest używane przy określaniu warunków udziału w postępowaniu na dostawy butów specjalnych (np. pismo nr 3.-/kbMON/ZZ&WPX/ZO/2009), co potwierdza omówiony powyżej stosunek obu pojęć,

W ustalonym przez izbę stanic faktycznym nic potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego prajepisu art. 24 u&l, 2 pkl 2 Pzp. poprzez zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Iomasz Dewódzki z postępowania. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Złożony przez i³. W. DE MAR-HIS

Tomasz Dewódzki „Wykaz wykonanych dostaw”⁵ obejmuje dostawy. klóveli należyte wykonanie zostało potwierdzone przez odbiorców lyth dostaw. Odwołujący nie wykazał okoliczności. na których oparł twierdzenie, że wykonawcą złożył w ofercie, w szczególności w^f „Wykazie wykonanych dostaw”, nieprawdziwe informacje, Izba uznała, że zarzut jest nieuzasadniony.

II. Zarzuty dołożące zaniechania odrzucenia oferty P.W. I->LMAR-BIS i omasz Dcwódzki.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się zan/uL naruszeniu. w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BJS Tomasz Pcwódzki, pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu. przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lj. znowę przetargową.

Zmowa przetargowa poletki m.in. na uzgodnieniu przez pr/edsiębioitów przystępujących do przetargu, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny oferty. Jest to dziñifmc sprzeczne z prawem. Definicję znowy przetargowej zawiera arL 6 ust. 1 pU 7 usławy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, póź. 331), Wpłynięcie na wynik przetargu stanowi podstawę do żądania unieważnienia umowy, zawartej w wyniku „uzgodnionego” przCLargu. Jesl Lo bowiem czynność nieważna z mocy samego prawa {atl. 58 k,c.}. Zmowa przetargowa w zakresie ceny prowadzi zwykle do podniesienia Cen na skutek zaburzenia swobodnego wyboru wykonawcy zamówienia w^p wyniku walki konkurencyjnej, Działanie w wEirunkach znowy przetargowej niewątpliwie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub kontrahenta, Zmowa przetargowa jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu arL. 3 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. |J. z 2003 r. Nr 153, poz. 1505) - wypełnia przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy - stanowi utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działuic mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahentff określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u okieśJonowo przedsiębiorcy. Po spełnieniu przesłanek, określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowi ona także zakazną usuiwą praktykę ograniczającą konkurencję - porozziemieme anty konkurencyjne. Zgodnie z definicją legalną „porozuFTitnia”⁷. zawartą w art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez „porozumienie”¹ rozumie się m.in. „uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub i cli związku”¹¹.

Podniesiony w odwołaniu zarzut znowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami Tomasi/i/i Dewódzkim a Markiem Dewódzkim, odwołujący oparł nu domniemaniu przekazania przez Marka Dewódzki ego - Tniaszowi Dewódzkiemu - informacji o cepie oferty złożonej przez Konsorcjum DEMAR'PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS. w cłkcie czego P.W. DFMAR-BIR Tomasz Dewódzki zaoferował w przelorgu ocenę niższą niż Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM^-SPWS, co umożliwiło mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu na następujące okoliczności: pokrewieństwo w w, osób, bliską współpracę Marka Dewódzki ego i Tomaszu Dewódzkiego, którzy z reguły Iworzyli w przeszłości konsorcja w celu składaniu wspólnych ofert Identyczny rdzeń nazwy obu firmu złożenie w ofercie P.W, DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki oświadczenia, iż całość zamówienia wykonu podwykonawca, którym w ocenę odwołującego jest P.W, DEMAR Marek Dewódzki, obaj wykonawcy prowadzą zakład produkcyjny pod tym samym adresem, nu stanie magazynu, mieszącego się w siedzibie zakładu głównego P.W, DEMA II Marek Dewódzki znajduje się ok. 30.000 par gotowego obuwia, tożsamego z jirzedTiiotem zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że podejrzenie znowy pomiędzy Markiem Dewódkim a Tomaszem Dewódkim, firma Wojaś S.A. powzięła po zawarciu umowy konsorcjum. Twierdził, że informacje te pochodziły z bardzo wiarygodnych źródeł.

W toku postępowania odwołujący oparł swoje twierdzenia na następujących środkach dowodowych: zeznania świadków – Marka D., Tomasza D., Adama L., Wincentego B. i Mariana C.

Potwierdzony w toku postępowania dowodowy zarówno przez strony jak i świadka Murka D., fakt, iż przedsiębiorcy Tomasz Dewódko i Marek Dewódko prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem, nie stanowi – zdaniem Izby, podstawy do stwierdzenia znowy przetargowej, Wskazać przy tym należy, że także odwołujący pod tym samym adresem prowadzi swoją działalność. Nie potwierdza istnienia znowy przetargowej również, okoliczność, że w przeszłości obaj przedsiębiorcy ubiegali się o zamówienia wspólnie. Izba uznała także, że nie została dowiedziona przez odwołującego w toku postępowania okoliczność wyprodukowania przez wykonawcę P.W. DEMAR Marek Dewódko - 30 tys. par trzewików, które są przedmiotem zamówienia. Zaprzeczył temu faktowi Marek D., a odwołujący nie przedstawił innych dowodów na potwierdzenie tej okoliczności.

Na podstawie zgodnych w tej części zeznań świadków Marka D., Wincentego B., Mariana C., Adama L. Izba ustaliła datę oraz sposób ustalenia ceny oferty złożonej przez Konsorcjum PEAR-PRO JKTOR-ARM-ex-SPWS. Cena ta w konsekwencji okazała się

niższą od ceny zaoferowanej przez P.W. DEMAR - PIS Tomasz Dewódko, jednak nie potwierdziła się okoliczność podniesiona przez odwołującego, że usiłowaniem jej wysokości nastąpiło poprzez narzucenie członkom konsorcjum stawki przez jednego z nich - Marka Dewódkiego. Dowód w postaci dokumentu porozumienia zawartego w dniu 2 czerwca 2009 r. pomiędzy członkami Konsorcjum DEMAR-PRO JKTOR-ARM-ex-SPWS (z wyłączeniem Wojaś K.A.) potwierdza, iż wszyscy obecni na spotkaniu członkowie konsorcjum wspólnie uzgodnili i zaakceptowali wysokość ceny oferty, złożonej następnie „komisyjnie” u zamawiającego. Powyższy fakt został także zgodnie potwierdzony przez świadków. Nie potwierdziło się natomiast stanowisko odwołującego, iż przed ustaleniem ceny oferty złożonej przez Konsorcjum JKTOR-ARM-ex-SPWS Tomasz Dewódko uzgodnił z Markiem Dewódkim wynagrodzenie za pod wykonawstwo przedmiotu zamówienia, które P.W. DEMAR Marek Dewódko będzie realizował w pełnym zakresie - 100% (dot. części I i II) jako podwykonawca firmy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódko. Tomasz Dewódko wykazał w toku rozprawy, że zamiar powierzenia wykonania części zamówienia do Łęczy Przemysłownictwa Handlowego „Avant” Kowakzyk i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Częstochowie, składając do akt sprawy umowę kooperacyjną zawartą z ww. przedsiębiorstwem w dniu 29 maja 2009 r. W ocenie Izby, złożono przez Tomasa Dewódkiego w ofercie oświadczenie, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia (w zakresie części I i II) podwykonawcy, oznaczając może zamiar powierzenia wykonania części I i II zamówienia - przedmiotu złożonych ofert częściowych, w rozumieniu art. 33 ust. 2 Pzp - zarówno w dowolnym procentowym ułamku

każdej z części zamówienia I i II, jak i np. jednej z części I i II. Nie można jednak z treści ww. oświadczenia wywodzić, że podwykonawca będzie wykonywał zamówienie w 100%, co twierdził odwołujący. Izba uznała, że realizacja złożonego przez wykonawcę w ofercie oświadczenia może nastąpić w ramach wykonania zobowiązań zawartych przez strony ww. umowy kooperacyjnej. Przeciwnie twierdzenia odwołującego, w szczególności udo do uzgodnień pomiędzy Tomaszem Dewódkim a Markiem Dewódkim dotyczących udziału podwykonawstwa w 100% zamówienia, nie zostały przez odwołującego udowodnione.

Oceniając dowody z zeznań świadków Marka D. z jednej strony oraz Wincentego B. i Mariana C. z drugiej strony, w kontekście pisemnych oświadczeń Marka D. i Ryszarda Ł. złożonych do akt sprawy przez odwołującego, w zakresie treści wypowiedzi Marka D. skierowanej do osób reprezentujących pozostałych członków Konsorcjum DEMAR-PRO JKTOR-ARM-ex-SPWS po wyjściu ze spotkania w dniu 2 czerwca 2009 r., na którym nastąpiło otwarcie ofert przez zamawiającego, Izba uznała, że nie mogą one być podstawą stanowczych ustaleń w powyższym zakresie, ale w jawnym stopniu potwierdzają prawdopodobieństwo nieuczciwych lub nieetycznych zachowań. Izba zważyła, że

oświadczenia są sprzeczne, co może stanowić wyraz silnej walki konkurencyjnej między wykonawcami, pomimo podejmowanych wspólnych przedsięwzięć. Powyższe nie pozwala na jednoznaczną ich ocenę. Choć- nic można wykluczyć, iż Irene wypowiedzi Marka D. może Sianowie wyraz okoliczności, których ustalenie byłoby istotne z punktu widzenia zarzutu znomy przetargowej, to możliwości ich ustalenia wykraczają poza dostępne Izbie instrumenty postępowania dowodowego. Izba skorzystała w pełni z dostępnych możliwości i środków- w postępowaniu dowodowym.

W toku postępowania Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z księgi wejść do A.M.W. Izba zważyła, że w księdze wejść rejestruje się osoby wchodzące do A.M.W. i wydaje się przepustki, co potwierdził zarówno odwołujący jak i zamawiający, tym samym na podstawie takiego wpisu brak jest możliwości ustalenia, czy osoba wchodząca do A.M.W. składała ofertę konkretnego wykonawcy. Ponadto, fakt złożenia oferty przez daną osobę nie może potwierdzać faktu posiadania przez nią wiedzy co do ceny składanej oferty. Oferty są składane w zamkniętych kopertach i otwierane dopiero w terminie oznaczonym przez zamawiającego. Izba uważa, że złożony wniosek. Jaży przewlekłości postępowania.

Wyrażona w art. 6 k.c., zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu znomy przetargowej, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu. Stosownie okoliczności mogą być dowiedzione w toku postępowania. Wobec powyższego, Izba opierając się na dokonanych ustaleniach uznała, że nie potwierdził się fakt zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami Tomaszem Dewódzkim i Markiem Dewódzkim porozumienia co do ceny składanych ofert przetargowych, Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania dowodów- potwierdzających niezbie fakt zawarcia porozumienia pomiędzy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki i P.W. DEMAR Marek Dewódzki, którego treścią było ustalenie warunków składanych ofert co do ościuwanej ceny, w celu pozbawienia możliwości i uzyskania zamówienia przez odwołującego, W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie zaniechania przez, zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez P.W. DEMAR-HIS Tomasz Dewódzki na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 P.z.p.

ffl. Zar/uly dotyczące odrzucenia oferty odwołującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 P.z.p. wyraża jedną z przesłanek odrzucenia oferty. (j. sprzeczność oferty z ustawą Prawo zamówień publicznych. W przypadku złożenia przez wykonawcę dwóch ofert w tym samym postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, następuje naruszenie przez wykonawcę przepisu art. 82 ust. 1 P.z.p. który w jednoznaczny i bezwarunkowy sposób zakazuje wykonawcy złożenia w tym samym postępowaniu więcej niż jednej oferty. Zakaz powyższy dotyczy także wykonawców - członków konsorcjum - wspólnie ubiegających się o zamówienie na podstawie art. 23 ust. 1 P.z.p. Stosownie bowiem do dyspozycji art. 23 ust. 3 P.z.p, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu. Jeżeli zatem złożenie oferty (dwóch ofert) jest sprzeczne z przepisem ustawy P.z.p, to zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust.

1 pkt 1 P.z.p skutkująca koniecznością odrzucenia przez zamawiającego obu ofert.

Uprawnienie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje wykonawcom z mocy ustawy. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mogą uregulować swoją współpracę i formę prawną w taki sposób, uhy według swojego Działania (art. 3¹ Lc.) osiągnąć zamierzony rezultat w postaci ubiegania się o zamówienie, [stulą konsorcjum jest zolwwią^tnic konsorcjantów do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, poprzez podejmowanie działań określonych w umowie.

W przedni i 01 owym postępowaniu złożyły oferty dwa konsorcja: Konsorcjum DEMAR oraz Konsorcjum Wojas. W obu ofertach wskazano jako jednego z członków tych konsorcjów - Irmę Wojas S-A. Wykonawcy ubiegający się wspólnie o /umówienie w obu konsorcjach ustanowili pełnomocników do ich reprezentowania. W przypadku Konsorcjum DEMAR.

pełnomocnictwo zostało zawarte w treści umowy konsorcjum, którą złożono w ofercie. Odwołujący twierdził, że wykonawca Wojas S.A. - członek Konsorcjum Wojas, nie złożył drugiej oferty jako członek Konsorcjum DEMAR, ponieważ odwołał pełnomocnictwo udzielone Adamowi Lange - pełnomocnikowi tego konsorcjum, oraz skutecznie uchylił się od skutków prawnych oświadczenia woli zawarcia umowy konsorcjum, złożonego pod wpływem błędu.

Odwołujący podnosił, iż przed upływem terminu składania ofert przesłał faksem w dniu 28 maja 2009 r. omz listem poleconym pełnomocnikowi Konsorcjum DEMAR-PRGTEKTOR-ALIM-ejt-SPWS - Adamowi Lange, oświadczenie o odwołaniu pełnomocnictwa (pismo z dnia 27 maja 2009 r.). Adam Lange zaprzeczył, iż w tym terminie otrzymał ww. pismo. Stwierdził, że jego treścią zapoznał się dopiero w dniu 3 czerwca 2009 r. Stosownie do brzmienia art. 101 k.c. wystarczające jest oświadczenie o odwołaniu pełnomocnictwa jeżeli dotrze ono do pełnomocnika. Ula osiągnięcia skutki odwołaniu pełnomocnictwa nie ma znaczenia fakt, czy oświadczenie w tym zakresie dotarło do kontrahenta, z którym pełnomocnik miał dokonywać czynności prawnych. Oceniając materiał dowodowy w tej sprawie Izba uznała, że potwierdzą nie prawidłowości treści faksowej pisma zawierającego oświadczenie na dany numer telefaksowy, którym posługiwał się pełnomocnik konsorcjum, nie dowodzi faktu, iż oświadczenie to dotarło do pełnomocnika. Podobnie, odebranie pisma przez inną osobę w dniu 1 czerwca 2009 r. nie dowodzi, iż oświadczenie dotarło w tym dniu do pełnomocnika. Powyższe okoliczności nie są objęte domniemaniem prawnym i w tym zakresie obciąża twierdzącego. Biorąc pod uwagę pod uwagę należało uznać, że odwołujący nie udowodnił faktu, iż odwołanie pełnomocnictwa dotarło do pełnomocnika przed terminem składania ofert. Izba podzieliła przy tym w pełni stanowisko prezentowane przez odwołującego, iż dla skuteczności odwołania pełnomocnictwa nie ma znaczenia forma w jakiej ono nastąpiło. Jednak w okolicznościach tej sprawy nie jest kwestionowane oświadczenie co do formy, Kluczowe znaczenie ma natomiast, czy oświadczenie firmy Wojas S.A. o odwołaniu pełnomocnictwa dotarło do pełnomocnika Adama Lange przed terminem składania ofert. Okoliczność ta nie została przez odwołującego dowiedziona.

Odwołujący podnosił również, iż wypowiedział Linii konsorcjum składając w dniu 28 maja 2009 r. pozostałym członkom konsorcjum, oświadczenie o uchyleniu się od skutków złożonego oświadczenia woli pod wpływem błędu. W treści ww. oświadczenia stwierdził, że „na podstawie art. 84 § 1 k.c. cofa oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy konsorcjum”. Następnie, w odpowiedzi na żądanie konsorcjantów o wskazanie rodzaju błędu, wyjaśnił (pismem z dnia 29 maja 2009 r.), iż „po analizie przedsięwzięcia jakim jest wykonanie części zamówienia modelu 926/MON stwierdził, iż jest to ekonomicznie nieopłacalne dla Spółki”. W ocenie Izby, z treści powyższego wyjaśnienia wynika, że błąd, na który powołał się wykonawca Wojas SA, jako przesłankę uchylenia się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli, nie został wywołany przez stronę lub strony, do których oświadczenie w przedmiocie zawarcia umowy konsorcjum zostało skierowane, lecz jest efektem braku lub niedostatecznej czy też niestarannej analizy przedsięwzięcia przez ww. wykonawcę przed zawarciem umowy konsorcjum. Możliwość skorzystania z uprawnienia określonego w art. 84 § 1 k.c., dotyczącego uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego innej osobie, jest uzależniona od wypełnienia się następujących przesłanek: błąd musi dotyczyć treści czynności prawnej, musi być wywołany przez osobę, której oświadczenie woli zostało złożone, chociażby bez jej winy albo, gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Oświadczenie dotyczące zawarcia umowy konsorcjum zostało złożone przez wykonawcę Wojas S.A. wraz z czterech innych uczestników konsorcjum. Uchylając się od skutków prawnych tej czynności, w treści złożonego oświadczenia Wojas S.A. nie powołał się na taki wywołany błąd przez któregokolwiek z członków konsorcjum, a tym bardziej przez wszystkich, którym oświadczenie zostało złożone. Odwołujący nie podnosił również, aby pozostali wykonawcy wiedzieli o błędzie lub z łatwością mogli błąd zauważyć. Z powyższych względów za uzasadnione należy uznać stanowisko członków konsorcjum, polegające na nie uznaniu „wystąpienia” Wojas S.A. z konsorcjum za skuteczne, gdyż w tym przypadku, zgodnie z wyjaśnieniem tego wykonawcy, nie wystąpiły przesłanki do uchylenia się przez Wojas S.A. od skutków prawnych oświadczenia, złożonego pod wpływem błędu. Biernie pod uwagę, że korespondencja pomiędzy Wojas S.A., a pozostałymi członkami konsorcjum była

przekazywana do wiadomości i zamawiającego. Zamawiający był poinformowany o treści oświadczeń złożonych przez Wojas S.A. Jak wykazało postępowanie dowodowe, zamawiający posiadał wszystkie informacje, aby uznać, że na dzień składania ofert firma Wojas S.A. była uczestnikiem Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-e.vSP\VS. Izba uznała, że zamawiający na podstawie posiadanych informacji, wynikających z treści złożonych ofert jak i pism skierowanych do wiadomości zamawiającego, nie miał podstaw do twierdzenia, że wykonawca Wojas S.A. nie złożył oferty jako jeden z wykonawców występujących wspólnie w ramach Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-e.vSP\VS. W świetle powyższego, uznanie przez zamawiającego, iż wykonawca Wojas S.A. uczestniczył w dwóch konsorcjach. Złożył w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty. nie narusza przepisów art 89 ust 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1 Pzp.

Izba uznała ponadto, że zamawiający nie był zobowiązany do żądania wyjaśnienia od Konsorcjum DEMAR w trybie art. 87 ust. 1 Pzp co do rzeczywistego składu Konsorcjum w zakresie pełnomocnictwa. Fakt, iż na formularzu oferty zostały umieszczone firmowe pieczętki czterech członków konsorcjum, natomiast brak pieczętki Wojas S.A., nie ma znaczenia wobec jednoznacznego określenia w tym formularzu pełnego składu konsorcjum, stosownie do treści umowy konsorcjum załączonej do oferty. Umowa, w szczególności w zakresie określenia wykonawców ją składających, nie zawiera sprzecznych lub niejasnych informacji. Treść przekazanych zamawiającemu kopii oświadczeń złożonych przez Wojas

S.A. dotyczących wystąpienia z konsorcjum, jak wykazano powyżej, również nie budzi wątpliwości. Nie należy zatem uzasadniać wezwania Konsorcjum DEMAR do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w omawianym zakresie. Podkreślić należy, że zamawiający nie miał jakichkolwiek obowiązków prawnych, aby wezwać do złożenia wyjaśnień pełnomocnika konsorcjum, co podnosił w odwołaniu w proteście 3 odwołaniu. Pełnomocnik wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu nie jest samodzielnym podmiotem lecz występuje w postępowaniu wyłącznie w charakterze przedstawiciela wykonawców.

IV, Zarzuty dotyczące wykluczenia twierdzącego z postępowania.

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, wobec nieprzedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia określonego w specyfikacji. Odwołujący przedstawił w „Wykazie wykonanych dostaw”, złożonym przy ofercie, dostawę trzewików zrealizowaną w terminie do 25 maja 2009 r., tj. w terminie późniejszym niż data wszczęcia przedmiotowego postępowania (29 kwietnia 2009 r.). Odwołujący nie kwestionował w toku postępowania faktu, iż dostawa ta nie potwierdza spełnienia warunku doświadczenia, nabytego w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, lecz zarzucił naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp w wyniku zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Potwierdzenie się przesłanek odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 Pzp skutkuje koniecznością uznania za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Nieprzez nie wezwanie odwołującego do uzupełnienia Wykazu dostaw. Zgodnie z treścią ww. przepisu, zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów* jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu wykonanych dostaw⁷, ponieważ oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako sprzeczna z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wynikające z art. 29 ust. 1 Pzp szczególne uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków⁷ udziału w postępowaniu i w tym znalazło w pełni uzasadnienie w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu bez wezwania odwołującego do uzupełnienia „Wykazu”. Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania* a zatem stosownie do treści ww. przepisu ofertę odwołującego należało odrzucić, co zamawiający uczynił.

W tym stanie r/cozy Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkozystniejszej w części I i II zamówienia, złożonej przez P.W. DEMAR -

BIS Tomasz Dewódzki, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. Nie potwierdził się zriizut naruszenia w poslepowaniu art 91 List. 1 Pzp,

Ponadto, Izba slwicrdzihi, iż w odniesieniu do części 111 zamówienia spełniona zosluki przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 1 J¹zp, co upmwniahi zfirmwuiącego do unieważnienia postępowańEu. w tej części, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Izba zważyła, że W części 111 zamówieniu zostały złożone dwie oferty, z których oferta Konsorcjum DEMAR-PUtyriCKTDR-ARM-eJt-SPWS została odrzucona i la decy/ju zamawiającego stała się ostateczna, natomiast drugi wykonawca - odwołujący, został wykluczony z postępowania, a złożona prze??. niego oferta została odrzucona. Słuszna jest zatem ocena, iż w części III zamówienia nie została złożona żadna oferu uiepodlcgająca odrzuceniu.

Biorąc [Kuj uwagę powyższe, nie stwierdzono, aby w trakcie postęjtowania o udzielenie zamówienia nastąpiło naruszenie pr<ez. zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

W skardze od powyższego wyroku Konsorcjum Wojas S.A. zarzuciło naruszenie:

1. art. 7 w zw. arL 24 ust. 2 pkt 3) Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, iż dokumenty przedłożone przez P.W. PIŻM AR BIS Tomasz Dewódzki potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowania, o których mowa w w^p.w^f. przepisach
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty P.W- DEMAR BIS Tomasz Dewódzki podczas gdy w^f postępowaniu wykuzŁum, iż T. Dewódzki działał w^f porozumieniu z członkiem konsorcjum DLMAR - Markiem Dewódzkini. będącym jego ojcem, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a której to kwestii KIO w⁷ ogotę nie rozpoznała, nic przeprowadzając w tym przedmiocie stosownego postępu wania <J owodowego;
3. art. 87 ust. 1 P?p, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DEM Alt do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego składu konsorcjum i zakresu pełnomocnie Iwa w sytuacji, kiedy skarżący zasadnie podnosił, iż nie jest członkiem konsorcjum i w.w. ofertą nie jest składana w jego imieniu;
4. art. 89 ust 1 pkt 1. i art. 82 Pzp w zw. z arL 86 k.c. ewenluatnic 84 k.c. poprze? uznanie, iż skarżący złożył dwie oferty biorąc udział w przetargu jako członek dwóch konsorcjów, podczas gdy skutecznie i zgodnie 7 dyspozycją arL 84 k.ę, uchylił się on od oświadczenia woli o wstąpieniu do konsorcjum DEMAR i na chwilę złożenia oferty przez pełnomocnika w. w. Konsorcjum skarżący nic był jego członkiem, zaś pełnomocnik nie posiada] jego umocowania do złożeniu okrly;
5. art. S9 ust 1 pkl I i art, 82 ust J Pip w zw. / art. 101 k.c. poprzez błędne przyjęcie, iż pełnomocnik konsorcjum DEMAR działał także w imieniu spółki Wojas S.A. minus ii jogo pełnomocnictwu zostało skuteczziie odwołunc przed złożeniem oferty, w konsekwencji pełnomocnik działał bez umocowania, a jego czynność nic została nigdy potwierdzona przez byłego mocodawcę;
6. art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie przetargu w zakresie części Uf, mimo iż konsorcjum skarżącego złożyło ofertę, która wobec okoliczności podniesionych w proiesci i odwołaniu nic powinna podlegać odrzuceń i II
7. art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych popr/ez zaniechanie rozpatrzenia w[^]/yslLkich zarzutów odwołania, w szczególności zar?,um naruszenia url. S9 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie (drzucenia oferty P. W. DEMAR-BIS Tomasz Dowód/, ki (traz oferty Konsorcjum DEM AR pomimo^ iż złożenie tych ofert skinowi czyn nieuczciwej konkurencji;

S. art. 188 ust. 7 Pzp, poprzez wydanie wyroku sprzecznego ze zgrupadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a także z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów. Wskazując nu powyższe skarżący wniósł o zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i uwzględnienie odwołania skarżącego w całości.

Sąd Okręgowy rozważył, co następuje;

Ustaleniu faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i ocena prawna ustalonych Riktów są w pełni prawidłowe.

Istota rozpoznania skargi sprowadzała się do oceny, czy Wojas S.A. złożył dwie oferty w^r postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego. Od odpowiedzi na to pytanie zależała bowiem ocena, czy /[^]mawiający prawidłowo odrzucił ofertę Konsorcjum Wojas S.A.. a co za tym idzie, czy Konsorcjum to ma interes we wniesieniu środków ootirony prawnej przeciwko pozostałym czy tui ościom zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że pogład o tym, jakoby Wojas S.A. złożył w postępowaniu dwie oferty; jedną działając w ramach Konsorcjum Wojas S.A. i PPO Przedsiębiorstwo Państwowe w Strzelcach Opolskich, a drugą działając w ramach Konsorcjiim DI MAP PROTEKTOR- ARM-ex, SPWS, Wojas, jest niezasadny, gdyż zanim zostało złożona oferta przez pierwsze z wymienionych Konsorcjów, Spółka Wojas eolhęła pełnomocnictwu udzielone do jej reprezentowania w rontach Konsorcjum DEMAR PROTEKTOR- ARM-ex,

SPWS, Wuj as, i utworzyła nowe Konsorcjum składające się z firin Wojas S.A. i PPO Przedsiębiorstwo Państwowe w Strzelcach Opolskich. Odnosząc się do (ego zarzutu skał?ącego należy wyjaśnić, że pełnomocnictwo udzielone przez Wojas S.A. Adamowi Lange (pełnomocnictwo to uprawnia do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Konsorcjum DEMAR PROTEKTOR- ARM-ot. SPWS\ Wojas! zawierało klauzulę uniemożliwiającą odwołanie pełnomocnictwa w czasie toczącego się postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Klauzula taks znajduje podstawę prawną w art. 101 § 1 k.e.. zgodnie z którym pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że mocodawca zrzekł się odwołania pełnomocnictwa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Należy przyjąć, że zrzeczenie się odwołania pełnomocnictwa przez Wojas S.A. byki uzasadnione treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Udzielenie pełnomocnictwa miało bowiem na celu ulworzenie konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Strony tworzące konsorcjum mają żywotny interes w tym, aby w trakcie toczącego się postępowania i a o udzielenie zamówienia żaden z konsorcjantów nie wycofał się ze wspólnej inicjatywy polegającej na ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż wycofanie się jednego z nich może wywołać niekorzystny skutek względem pozostałych członków konsorcjum.

Członek konsorcjum mógłby oczywiście uchylić się od skutków swego oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania pełnomocnictwa, powołując się np. na błąd (art. H4 ko.; Błąd jest wadą oświadczenia woli polegającą na fałszywym wyobrażeniu o właściwościach transakcji. Jak jednak wynika z pisma Wojas S.A. wyjaśniającego przyczyny uchyleńia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu, u podstaw^r w/w decyzji Wojas S.A. legia analiza przedsięwzięcia pod względem ekonomicznym i negatywna ocena opłacalności. Zmiana, oceny przedsięwzięcia pod względem ekonomicznym nie może być utożsamiana z błędem w rozumieniu art. §4 k-t. Uchylenie się przez Wojas S.A. od skutków oświadczenia zawartego w pełnomocnictwie jest więc bezskuteczne.

Konkludując należy stwierdzić, że dokonano pełnomocnictwo udzielone Adamowi Lange przez Wojas S.A. nie zostało skutecznie odwołane, doszło do złożenia przez tą Spółkę dwóch ofert w (ym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. S2 ust 1 Pzp. Konsekwencją złożenia dwóch ofert przez tego samego wykonawcę jest ich odrzucenie na podstawie art. S9 ust. 1 pkt I Pzp, jako sprzecznych z ustawą. Stwierdzona skuteczność odrzucenia oferty Konsorcjum Wojas S.A. eliminuje konieczność odniesienia się do pozostałych zarzutów skarżącego. \n marginesie odnosząc się do zarzutu zmyw pr[^]llugowej nakzy tylko podzielić arp.utnenlację Krajowej Izby

Odwoławczej, która uznała zarzut ten za nieudowodniony.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy oddalił skargę na podstawie art. JSó k.p.e. w związku z art. 194 ust. 2 Pzp.

Na wniosek podpisany
ZIEMKOWSKI sędzią