

Sygn. akt: KIO/2424/10

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 listopada 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR Spółka Akcyjna, 42 – 600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9, Bytomskie Przedsiębiorstwo Remontu Obrotów Zmechanizowanych BREMASZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Perła 10**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, 43 – 600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37**;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o u udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe WAMPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 404 Mysłowice, ul. Fabryczna 15, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GALTECH Sebastian Widera, 43 – 200 Poręba, ul. Włodzisławska 78, REMONTEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 270 Rybnik, ul. Rymera 4, STADMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32 – 052 Radziszew, ul. Szkolna 8** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, 43 – 600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o u udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR Spółka Akcyjna, 42 – 600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9, Bytomskie Przedsiębiorstwo Remontu Obrotów Zmechanizowanych BREMASZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Perla 10,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, 43 – 600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o u udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR Spółka Akcyjna, 42 – 600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9, Bytomskie Przedsiębiorstwo Remontu Obrotów Zmechanizowanych BREMASZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Perla 10,** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze 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:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont 73 szt. obudowy zmechanizowanej FAZOS 18/37 POz-ZGE dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. - Zakład Górniczy JANINA. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 17 września 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 września 2010 r. pod numerem 2010/S 181-276750. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 26 października 2010 r. pismem Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe WAMPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 404 Mysłowice, ul. Fabryczna 15, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GALTECH Sebastian Widera, 43 – 200 Poręba, ul. Włodzisławska 78, REMONTEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 270 Rybnik, ul. Rymera 4, STADMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32 – 052 Radziszew, ul. Szkolna 8 (dalej: „konsorcjum firm” lub „Przystępujący”).

W dniu 5 listopada 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR Spółka Akcyjna, 42 – 600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9, Bytomskie Przedsiębiorstwo Remontu Obrótów Zmechanizowanych BREMASZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Perla 10, (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 4 listopada 2010 r. Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał czynnościom Zamawiającego naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, a przez to błędne przyjęcie, że wykonawca konsorcjum firm spełniło warunki ubiegania się o zamówienie w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,

2. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających:
  - a) spełnianie przez konsorcjum firm warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
  - b) niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp tj. niepotwierdzenia w sposób prawidłowy niekaralności członka organu zarządzającego Remontex Sp. z o.o.,
  - c) posiadanie przez konsorcjum firm zdolności technicznej,
  - d) udostępnienie potencjału przez SAG - Wytwórnię Lin Stalowo Gumowych Sp. z o.o. (dalej: „SAG”),
3. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez konsorcjum firm warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia
4. art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm wskutek niepotwierdzenia, że urzędującego członka organu zarządzającego Remontex Sp. z o.o. Pana Grzegorza Piechaczka nie skazano prawomocnie za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm wskutek nie wykazania spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm jako wykonawcy wykluczonego z postępowania,
7. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum firm;
2. dokonanie zaniechanej czynności wezwania konsorcjum firm do złożenia wymaganych dokumentów potwierdzających:

- a) spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
  - b) niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp,
  - c) posiadanie zdolności technicznej zgodnie z załącznikiem nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”),
  - d) udostępnienie konsorcjum firm potencjału przez SAG;
3. w przypadku nie złożenia prawidłowych dokumentów w wyznaczonym terminie wykluczenie konsorcjum firm i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podnosił:

I. Zarzut niewykazania się wiedzą i doświadczeniem oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący zwracał uwagę, że konsorcjum firm nie wykazało spełniania warunków ubiegania się o zamówienie, gdyż żadne z wykazanych zamówień nie stanowi remontu kompletnej obudowy zmechanizowanej, modernizacji kompletnej obudowy zmechanizowanej, a tym bardziej dostawy nowej obudowy zmechanizowanej, bo tylko takie dostawy lub usługi stanowią odzwierciedlenie wymogów Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego z treści siwz wynikało wprost i jednoznacznie, że Zamawiający wymagał udokumentowania wykonania remontu, modernizacji kompletnych sekcji lub dostawy nowej obudowy zmechanizowanej, nie zaś wykonania remontu, modernizacji lub dostawy poszczególnych części składowych (elementów) wchodzących w skład obudowy zmechanizowanej. W opinii Odwołującego z treści specyfikacji wynika wprost, że Zamawiający dopuszczał wykazanie się wykonaniem modernizacji lub remontu obudów zmechanizowanych, zaś konsorcjum firm wykazało się wyłącznie remontem poszczególnych elementów obudów zmechanizowanych. Na potwierdzenie czego Odwołujący wskazuje:

- 1) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez Wampol Sp. z o.o. (str. 65-67 oferty), w którym wykazano usługi spełniające zdaniem Wampol Sp. z o.o. warunki określone przez Zamawiającego. Wymienione zamówienia nie potwierdzają jednak wykonania przez Wampol Sp. z o.o. remontu kompletnych sekcji obudowy a jedynie remontu poszczególnych elementów sekcji oraz hydrauliki siłowej,
- 2) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez Sebastiana Widerę - GALTECH Przedsiębiorstwo Wielobranżowe (str. 77 oferty) także nie potwierdza spełniania

warunków ubiegania się o zamówienie określonych przez Zamawiającego, gdyż wykazane w nim zamówienia dotyczą m.in. remontów siłowników hydraulicznych, czyli wyłącznie elementów wchodzących w skład obudowy zmechanizowanej,

- 3) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez Remontex Sp. z o.o. (str. 81-82 oferty) dotyczy wyłącznie remontu elementów hydrauliki siłowej, a więc także poszczególnych elementów wchodzących w skład obudowy zmechanizowanej,
- 4) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez Stadmar Sp. z o.o. (str. 93-94 oferty) wskazuje w pkt 2-5, 8,10,12 remont przewodów, co również nie potwierdza posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie remontu obudów zmechanizowanych, a jedynie w zakresie remontu części składowych obudów zmechanizowanych,
- 5) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez SAG (str. 113-114 oferty) tj. wykonawcy, którego wiedzą i doświadczeniem konsorcjum firm się posługuje, także dotyczy wyłącznie elementów wchodzących w skład obudowy zmechanizowanej tj. remontów sterowania pilotowego i bezpośredniego, nie zaś remont kompletnych obudów zmechanizowanych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie powinien uwzględniać potencjału SAG ze względu na nieprawidłowe złożenie oświadczenia o udostępnieniu potencjału.

Z treści specyfikacji wynika, że w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dopuszczał również wykazanie się dostawami nowych obudów zmechanizowanych. Treść siwz wskazywała na nowe obudowy zmechanizowane i nie dopuszczała wykazywania się dostawami elementów obudów zmechanizowanych. Żadna zaś z wykazanych przez konsorcjum firm dostaw nie stanowi dostawy nowych obudów zmechanizowanych. Wykazane dostawy dotyczą także wyłącznie elementów obudów zmechanizowanych i tak:

- 1) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez Sebastiana Widerę - GALTECH Przedsiębiorstwo Wielobranżowe (str. 77 oferty) potwierdza wyłącznie realizację dostaw części konstrukcyjnych obudów oraz dostaw siłowników hydraulicznych,
- 2) załączony do oferty wykaz zamówień zrealizowanych przez Stadmar Sp. z o.o. (str. 93-94 oferty) wskazuje w pkt 1, 4-5, 7, 9,11 dostawy układów hydraulicznych, węży hydraulicznych oraz filtrów do układów hydraulicznych, które to elementy pomimo że stanowią wyposażenie obudowy zmechanizowanej, nie stanowią kompletnej obudowy zmechanizowanej,

Odwołujący, z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę, że dostawy elementów składowych obudów zmechanizowanych wykazane przez członków konsorcjum firm potwierdzają spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Odwołujący

podnosi, że zamówienia wykazane w wykazie zamówień powinny być potwierdzone dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (dalej referencje). Odwołujący zwraca uwagę, że nie wszystkie zamówienia zostały prawidłowo potwierdzone takimi dokumentami i tak:

- 1) wskazany na str. 66 poz. 2 remont układu przesuwneho Glinik nie został w ogóle potwierdzony referencjami. Załączone do oferty referencje wystawione przez ZMG Glinik Sp. z o.o. załącznik nr 3.3. do wykazu - str. 70) dotyczą wyłącznie dostaw zrealizowanych w roku 2007, zaś ze stwierdzenia, że „w bieżącym roku zlecono do realizacji kolejne zamówienia" nie wynika, że te zamówienia zostały wykonane należyte,
- 2) wskazany na str. 66 poz. 5 remont konstrukcji obudowy Fazos 18/34 POZ nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.6 do wykazu (str. 73) Treść niniejszej referencji potwierdza remont konstrukcji obudowy zmechanizowanej Fazos 18/33,
- 3) wskazany na str. 67 poz. 17 remont konstrukcji obudowy Fazos 17/37 nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.7 do wykazu (str. 74) Treść niniejszej referencji potwierdza remont konstrukcji obudowy zmechanizowanej Fazos 16/34,
- 4) wskazany na str. 81 poz. 3 remont elementów hydrauliki siłowej nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.3 do wykazu (str. 85) Treść niniejszej referencji potwierdza należyte wykonanie remontu hydrauliki siłowej obudów zmechanizowanych wyłącznie w roku 2010 r. Z treści referencji nie wynika, że usługi remontowe realizowane na rzecz KWK Halemba-Wirek w latach 2008 i 2009 dotyczyły elementów hydrauliki siłowej bowiem zostały one ogólnie określone jako usługi remontowe co powoduje, że mogły dotyczyć elementów nieodpowiadających przedmiotowi zamówienia,
- 5) wskazany na str. 82 poz. 6 remont elementów hydrauliki siłowej nie odpowiada treści referencji stanowiącej załącznik nr 3.6 do wykazu (str. 88). Z treści referencji wynika jednoznacznie, że usługi remontowe nią objęte były wykonywane w okresie od 18.03.2010 r. do 15.09.2010 r. zaś członek Konsorcjum Remontex Sp. z o.o. oświadczył, że usługi te były wykonywane w okresie od 1.01.2010 do 30.09.2010 r. W związku z powyższym należy uznać, że usługi realizowane w okresie od 1.01.2010 do 17.03.2010 r. oraz w okresie od 16.09.2010 r. do 30.09.2010 r. nie zostały potwierdzone referencjami,
- 6) wskazana na str. 82 poz. 9 wartość remontu elementów hydrauliki siłowej nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.10 do wykazu (str. 92). W treści referencji ZMG Glinik Sp. z o.o. stwierdził, że w latach 2007-2009 Remontex Sp. z o.o. zrealizował zamówienia na kwotę 4.485.000 zł brutto, tymczasem członek konsorcjum firm oświadczył w treści wykazu zamówień, że w roku 2008 wartość usług na rzecz tego odbiorcy wyniosła 4.459.243,25 zł brutto, a w 2009 r. 1.447.618,25 zł co w sumie daje w

latach 2008-2009 kwotę 5.906.861,50 zł. Członek konsorcjum Remontex Sp. z o.o. nie potwierdził należytego wykonania na rzecz ZMG Glinik Sp. z o.o. dostaw o wartości 1.421.861,50 zł,

- 7) wskazany na str. 93 poz. 2 remont przewodów wielokanałowych nie odpowiada treści referencji stanowiącej załącznik nr 3.2 do wykazu (str. 96). Z treści referencji wynika jednoznacznie, że usługi remontowe nią objęte były wykonywane wyłącznie w roku 2009 zaś członek konsorcjum Stadmar Sp. z o.o. oświadczył, że usługi te były wykonywane w okresie od 1.01.2009 do 22.09.2010 r. W związku z powyższym należy uznać, że usługi realizowane w okresie od 1.01.2010 do 22.09.2010 r. nie zostały potwierdzone referencjami,
- 8) wskazany na str. 93 poz. 4 okres dostawy przewodów wysokociśnieniowych jest niezgodny z treścią SIWZ oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zwane dalej „rozporządzeniem o dokumentach”. Zgodnie z tymi aktami wykaz powinien wskazywać dostawy zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 15.10.2010 r.) zaś członek konsorcjum Stadmar Sp. z o.o. wykazał się dostawami zrealizowanymi w okresie do 8.11.2010 r.,
- 9) wskazana na str. 93 poz. 5 wartość brutto zamówienia nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.5 do wykazu (str. 99). W treści referencji KW S.A. stwierdziła, że Stadmar Sp. z o.o. zrealizował zamówienia na kwotę 1.337.888,43 zł netto co odpowiada kwocie 1.632.223,88 zł brutto, tymczasem członek konsorcjum Stadmar Sp. z o.o. oświadczył w treści wykazu zamówień, że wartość usług na rzecz tego odbiorcy wyniosła 1.718.782,00 zł brutto. Członek Konsorcjum Stadmar Sp. z o.o. nie potwierdził należytego wykonania na rzecz KW S.A. dostaw o wartości 86.558,12 zł,
- 10) wskazana na str. 113 poz. 5 wartość brutto zamówienia zrealizowanego przez SAG Sp. z o.o. nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.2 do wykazu (str. 116). W treści referencji KHW S.A. KWK Wieczorek stwierdziła, że SAG Sp. z o.o. zrealizował w roku 2009 zamówienia na kwotę 252.630,00 zł, tymczasem w oświadczeniu stanowiącym wykaz zamówień SAG Sp. z o.o. wskazano, że wartość usług na rzecz tego odbiorcy wyniosła w 2009 r. 347.000,00 zł brutto,
- 11) wskazana na str. 114 poz. 8 wartość brutto zamówienia zrealizowanego przez SAG Sp. z o.o. nie znajduje potwierdzenia w referencji stanowiącej załącznik nr 3.2 do wykazu (str. 116). W treści referencji KHW S.A. KWK Wieczorek stwierdziła, że SAG Sp. z o.o. zrealizował w roku 2010 zamówienia na kwotę 152.960,00 zł, tymczasem w oświadczeniu stanowiącym wykaz zamówień SAG Sp. z o.o. wskazano, że wartość usług na rzecz tego odbiorcy wyniosła w 2010 r. 195.151,00 zł brutto.



Powyższe argumenty wskazują, że konsorcjum firm nie wykazało, że dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem oraz odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co skutkuje obligatoryjnym wezwaniem tego wykonawcy do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków ubiegania się o zamówienie określonych w pkt II siwz lub do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W przypadku nie przedstawienia przez konsorcjum firm w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oświadczeń i dokumentów w tym zakresie lub nie wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia Zamawiający jest zobligowany do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i równoczesnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

## II. Zarzut niewykazania przez konsorcjum firm niepodlegania wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust 1 pkt 8 ustawy.

Odwołujący zwracał uwagę, że konsorcjum firm załączyło do oferty informację z KRK o niekaralności urzędującego członka zarządu Remontex Sp. z o.o. Pana Grzegorza Piechaczka. Zdaniem Odwołującego niniejsze zaświadczenie jest nieprawidłowe, gdyż dokument ten zawiera błąd polegający na wpisaniu do formularza „zapytania o karalność” odmiennego numeru PESEL aniżeli rzeczywiście posiada osoba objęta treścią zapytania o udzielenie informacji co wynika z załączonego do oferty odpisu z KRS. Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 24.05.2000r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. z 2008 r. Nr 50, poz.292 ze zm.) zapytanie o udzielenie informacji z KRK winno zawierać m.in. numer PESEL osoby, której zapytanie dotyczy. W myśl §11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7.11.2003r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 198, poz. 1930 ze zm.) w sprawie udzielenie informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK, jeżeli dane osobowe osoby, której dane dotyczą nie są zgromadzone w rejestrze zapytanie lub wnioski zwraca się z adnotacją „Nie figuruje”. Udzielenie odpowiedzi na zapytanie podlega sporządzeniu zgodnie i wyłączenie w oparciu o dane wskazane przez wnioskodawcę (§ 7 ust. 1 cyt. rozporządzenia). W opinii Odwołującego, w świetle powyższych uregulowań nie można przyjąć, iż złożone zaświadczenie jest potwierdzeniem niekaralności członka organu zarządzającego. Skoro w rozumieniu ustawy nr PESEL stanowi m.in. dane identyfikujące tę osobę, wskazanie błędnego numeru skutkuje wadliwością treści zaświadczenia. Okoliczność braku niekaralności musi zostać potwierdzona w postępowaniu w sposób nie budzący wątpliwości. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp konsorcjum firm do złożenia prawidłowego zaświadczenia o niekaralności

członka zarządu Remontex Sp. z o.o. Pana Grzegorza Piechaczka, potwierdzającego niekaralność nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo w sytuacji niezuzpełnienia lub uzupelnienia w sposob nieprawidlowy w wyznaczonym terminie niniejszego dokumentu Zamawiajacy jest zobowiazany do wykluczenia konsorcjum firm z postepowania i rownoczesnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

### III. Zarzut niezlozenia prawidlowego oswiadczenia dotyczacego zdolnosci technicznej.

Konsorcjum firm zalaczyl do oferty wymagane przez Zamawiajacego oswiadczenie o zdolnosci technicznej (str. 110-111). Zgodnie z pieczeta naglowkowa umieszona na oswiadczeniu zostalo ono zlozone przez Wampol Sp. z o.o. dzialajaca jako Lider Konsorcjum i podpisane przez Pana Marka Wróbla. Odwolejacy zwraca uwage, ze z tresci oferty nie wynika, ze Wampol Sp. z o.o. posiada uprawnienia do reprezentowania Konsorcjum Wampol tj. zostal ustanowiony pelnomocnikiem Konsorcjum. Zgodnie z oferta (str. 2) pelnomocnikiem Konsorcjum w trybie art. 23 ust. 2 Pzp zostal ustanowiony wylacznie Pan Marek Wróbel. Osoba ta jest co prawda rownoczesnie prokurentem samodzielnym (samoistnym) Wampol Sp. z o.o. jednak nie zmienia to faktu, ze Pan Marek Wróbel podpisal oswiadczenie o zdolnosci technicznej wylacznie w imieniu Wampol Sp. z o.o. a wiec nalezy uznac, ze konsorcjum firm nie zlozyl tego oswiadczenia. Nie mozna takze konwalidowac jego nieprawidlowosci, bowiem zlozone ono zostalo wylacznie w imieniu Wampol Sp. z o.o. a nie w imieniu Konsorcjum. Zamawiajacy byl zobowiazany do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp konsorcjum firm do zlozenia prawidlowego oswiadczenia o zdolnosci technicznej przez konsorcjum firm. Zaniechanie tego obowiazku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo w sytuacji niezuzpełnienia w wyznaczonym terminie niniejszego oswiadczenia Zamawiajacy jest zobowiazany do wykluczenia konsorcjum firm z postepowania i rownoczesnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

### IV. Zarzut nieprawidlowego oswiadczenia o udostepnieniu potencjalu.

Odwolejacy zwraca uwage, ze nie mozna przyjac, ze SAG udostepnila swój potencjal konsorcjum firm. Z tresci oswiadczenia zlozonego przez SAG (str 112) wynika, ze udostepnia on swój potencjal wylacznie Stadmar Sp. z o.o. Zdaniem Odwolejacego oswiadczenie o udostepnieniu potencjalu powinno dotyczyc konsorcjum firm, który jest wykonawca ubiegajacym sie o zamowienie w niniejszym postepowaniu, nie zaś Stadmar Sp. z o.o., który

to podmiot jest jedynie członkiem konsorcjum i dodatkowo nieupoważnionym do reprezentowania konsorcjum, dlatego też konsorcjum firm nie może posłużyć się zamówieniami zrealizowanymi przez SAG. Zamawiający był zobowiązany do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp konsorcjum firm do złożenia prawidłowego oświadczenia o udostępnieniu potencjału przez SAG. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo w sytuacji niezpełnienia w wyznaczonym terminie niniejszego oświadczenia Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia konsorcjum firm z postępowania i równoczesnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W dniu 8 listopada 2010 r. bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej (prezentata: wpływ bezpośredni z datą 08.11.2010 r.) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – konsorcjum firm. Na rozprawie strony potwierdziły, iż otrzymały kopię przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ww. wykonawcy.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy konsorcjum firm, przystępującego po stronie Zamawiającego, gdyż w ocenie Izby wykonawca prawidłowo wypełnił dyspozycję art. 185 ust. 2 ustawy.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad I.

Zgodnie rozdziałem II pkt 1 siwz - „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków” - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca winien wykazać się zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, usług modernizacji lub remontu lub dostaw nowych obudów zmechanizowanych, których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż 25 000 000,00 zł. Na potwierdzenie spełnia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia powyższego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do siwz.

W załączniku nr 1 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt III „Szczegółowy opis zamówienia” wskazano, że przedmiotem zamówienia jest remont 73 szt. sekcji obudowy zmechanizowanej FAZOS 18/37 Poz-ZGE obejmujący: remont elementów konstrukcyjnych, remont hydrauliki siłowej, sterowniczej obudowy.

W kwestii zakresu warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawcy opisanego w specyfikacji Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego, który podnosił, że Odwołujący niewłaściwie zinterpretował powyższe zapisy siwz, wskazując, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy w zakresie niniejszego warunku wykazali się doświadczeniem w zakresie realizacji prac polegających na remoncie lub modernizacji lub dostawie kompletnych obudów zmechanizowanych.

Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Z zapisów specyfikacji, a w szczególności załącznika nr 1 siwz, jasno wynika, że Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest realizacja prac polegająca na remoncie lub modernizacji poszczególnych elementów składowych obudów zmechanizowanych. Na

przedmiot zamówienia składa się: remont elementów konstrukcyjnych, remont hydrauliki siłowej, sterowniczej obudowy.

Izba podkreśla, że wykazane w ofercie konsorcjum firm doświadczenie obejmuje wszystkie poszczególne powyżej wymienione elementy, które zostały objęte przedmiotem zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w żadnej części siwz nie posłużył się słowem „kompletne”, a także wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku rozprawy, Izba potwierdziła, że doświadczenie, którym legitymuje się Przystępujący w ofercie zawiera się w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, należy uznać, że pomimo, iż konsorcjum firm nie wykazało w ofercie doświadczenia w zakresie realizacji prac polegających na remoncie lub modernizacji lub dostawie kompletnych obudów zmechanizowanych - które nie było wymagane postanowieniami siwz - to posiadając doświadczenie w realizacji remontów poszczególnych części składowych obudów zmechanizowanych, zdaniem Izby daje wystarczającą rękojmię właściwego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym zarzuty Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że nie wszystkie zamówienia w ofercie konsorcjum firm zostały prawidłowo potwierdzone dokumentami z których wynikałoby należyte wykonanie prac, a więc wykonawca nie wykazał spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba stwierdziła, iż powyższy zarzut w części potwierdził się.

Badając zasadność zarzutu należy przede wszystkim wziąć pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, w którym przyznał, że zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, który podnosił iż „wykaz wykonanych zamówień” w ofercie Przystępującego w poszczególnych pozycjach jest niespójny z przedstawionymi referencjami. Zamawiający przyznał rację Odwołującemu w zakresie sekcji 3 pkt 1, 2, 3, 6 (w zakresie kwoty 1.447.618,25 zł), 8, 9, 10, 11. Jednakże biorąc pod uwagę pozostałe pozycje wykazu zrealizowanych zamówień, Zamawiający stwierdził, że konsorcjum firm wykazało się realizacją usług w zakresie remontu i modernizacji oraz dostaw nowych obudów zmechanizowanych znacząco przekraczających 25.000.000,00 zł., czemu Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie. W opinii Zamawiającego, dlatego też zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miało by sensu, ponieważ Przystępujący prawidłowo potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba zbadała zasadność zarzutów dotyczących sekcji II pkt 4, 5, 6 (odnośnie kwoty 4.459.243,25 zł) , 7, które nie zostały przyznane przez Zamawiającego i stwierdziła, że:

1. W zakresie zarzutu pkt 4 Izba ustaliła, że na stronie 81 oferty Przystępującego wykazano w pozycji 3 „Remont elementów hydrauliki siłowej” w okresie od 01.01.2008 r. do 20.09.2010 r. W referencji wystawionej przez KWK „Halemba-Wirek” w części ogólnej wskazano m. in., że w okresie od 01.01.2010 r. do 20.09.2010 r. REMONTEX Sp. z o.o. jako wykonawca remontu hydrauliki siłowej obudów zmechanizowanych wywiązywał się należycie z wiążącej strony umowy. Jednakże w dalszej części referencji wykazano, że usług remontowe realizowano w następujących okresach: od 01.01.2008 do 31.12.2008 r., od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r. oraz od 01.01.2010 r. do 20.09.2010 r.

Zdaniem Izby rację ma Odwołujący, który podnosi, że wskazany w wykazie remont elementów hydrauliki siłowej w latach 2008 i 2009 nie znajduje potwierdzenia w referencji, ponieważ z jej treści wynika jedynie potwierdzenie należytego wykonanie remontu hydrauliki siłowej obudów zmechanizowanych wyłącznie w roku 2010 r. Natomiast z treści referencji nie sposób wywieść, że usługi remontowe realizowane na rzecz KWK Halemba-Wirek w latach 2008 i 2009 dotyczyły elementów hydrauliki siłowej, bowiem zostały one ogólnie określone jako usługi remontowe co powoduje, że mogły dotyczyć elementów nieodpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Abstrahując od faktu czy stanowisko Odwołującego jest słuszne, bezsporne jest, iż wskazany wykaz oraz załączona do niego referencja powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, który powinien był w wyznaczonym terminie wezwać konsorcjum firm do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowych referencji, czego nie uczynił. Ponadto, w celu wykazania należytej staranności w prowadzeniu przedmiotowego postępowania zamawiający mógł zwrócić się do podmiotów, które wystawiły referencje o wyjaśnienie danych zawartych w dokumencie pn. „Wykaz zamówień”, w celu potwierdzenia należytego wykonania całego zakresu określonego rodzaju prac. W przypadku gdyby złożone wyjaśnienia nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający był zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wylegitymowania się innymi dokumentami potwierdzającymi spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

2. W zakresie zarzutu pkt 5 Izba ustaliła, że na stronie 82 oferty Przystępującego wykazano w pozycji 6 „Remont elementów hydrauliki siłowej” w okresie od 01.01.2010 r. do 30.09.2010 r. na kwotę 8.052 zł brutto. W referencji na stronie 88 oferty wskazano, że REMONTEX Sp. z o.o. realizował usługi remontowe w okresie od 18.03.2010 r. do 15.09.2010 r. na kwotę 6.600 zł netto. Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował wartości realizowanych usług a jedynie brak potwierdzenia ich realizacji w okresie od 01.01.2010 do 17.03.2010 r. oraz w okresie od 16.09.2010 r. do 30.09.2010 r. Izba wyjaśnia, iż po dodaniu podatku VAT do kwoty netto zawartej w referencjach uzyskana wartość będzie opiewała na kwotę 8.052 zł, a więc

taką jak wykazał wykonawca w wykazie. Izba podkreśla, że daty podane w referencjach zawierają się w przedziale dat wskazanych w wykazie, w związku z tym zarzut Odwołującego w tym zakresie należy uznać za bezpodstawny.

3. W zakresie zarzutu pkt 6 Izba ustaliła, że na stronie 82 oferty Przystępującego wykazano w pozycji 9 „Remont elementów hydrauliki siłowej” m.in. na kwotę 4.459.243,25 zł. W załączonych referencjach wskazano realizację prac remontowych na kwotę 4.485.000 zł. Kwota zrealizowanych prac w referencjach przewyższa kwotę wskazaną w wykazie a zatem zarzut Odwołującego należy uznać w tym zakresie za chybiony.
4. W zakresie zarzutu pkt 7 Izba ustaliła, że na stronie 93 oferty Przystępującego wykazano w pozycji 2 „Remont przewodów wielokanałowych” na kwotę 74.618 zł. realizowano w okresie od 01.01.2009 r. do 22.09.2010 r. W referencji wskazano, że łączna wartość usług remontowych w 2009 r. wynosiła 61.163 zł. Izba wyjaśnia, iż po dodaniu podatku VAT do kwoty netto zawartej w referencjach uzyskana wartość będzie opiewała na kwotę 74.618 zł, a więc taką jak wykazał wykonawca w wykazie. Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował wartości realizowanych usług a jedynie brak potwierdzenia ich realizacji w okresie 2010 r. Izba podkreśla, że daty podane w referencjach zawierają się w przedziale dat wskazanych w wykazie, w związku z tym zarzut Odwołującego w tym zakresie należy uznać za niezasadny.

Ad II.

Kolejno Izba zbadała zarzut dotyczący rozbieżności pomiędzy numerem PESEL Pana Grzegorza Piechaczka w zaświadczeniu z Krajowego Rejestru Sądowego a numerem podanym odpisie aktualnym z rejestru przedsiębiorców wydanym przez Krajowy Rejestr Sądowy, które to dokumenty załączono do oferty konsorcjum firm.

Izba ustaliła, że odpisie aktualnym z rejestru przedsiębiorców wydanym przez Krajowy Rejestr Sądowy (str. 34 oferty) dla wykonawcy REMONTEX Sp. z o.o. w Dziale 2 w Rubryce 1 „Organ uprawniony do reprezentowania podmiotu” w podrubryce 1 „Dane osób wchodzących w skład organu” wskazano jako Prezesa Zarządu Pana Grzegorza Roberta Piechaczka oraz numer PESEL 75032607393. W „zapytaniu o udzielenie informacji o osobie” (na stronie 51 oferty Przystępującego) w pkt 1 wskazano „Nazwisko rodowe – Piechaczek”, w pkt. 2 „Nazwisko (w tym przybrane) – Piechaczek”, w pkt 3 „Imiona – Grzegorz”, nr PESEL 75032607398. Wobec powyższych ustaleń Izby bezspornym jest fakt, iż numer PESEL dla Pana Grzegorza Piechaczka w informacji z KRK oraz w aktualnym odpisie z KRS różnią się ostatnią cyfrą.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający nie wyjaśniając ww. sprzeczności a opierając się jedynie na własnych domniemaniach nie może mieć pewności, który z powyższych dokumentów jest prawidłowy. Izba podkreśla, że Zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, a zatem w przypadku stwierdzenia, że oferta wykonawcy zawiera jakiegokolwiek nieścisłości czy też rozbieżności, w tym przypadku w zakresie numeru PESEL Prezesa Zarządu wykonawcy REMONTEX Sp. z o.o., zobligowany był do ich wyjaśnienia, tj. do wezwania konsorcjum firm do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

W kwestii ww. zarzutu Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie i uznała ją za błędną z uwagi na stwierdzenie Zamawiającego, że niepoprawne podanie numeru PESEL w informacji z KRK dla Pana Grzegorza Piechaczka nie przesądza o wadliwości tego dokumentu. Zamawiający opierał swoje stanowisko na § 8 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielenia informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. z 2003 r. Nr 198, poz. 1930 ze zm.), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie udzielania informacji”, i twierdził, że w przypadku wydania informacji, że Pan Grzegorz Piechaczek nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym oznacza, że niezależnie od numeru PESEL osoba o tym imieniu i nazwisku nie figuruje w Rejestrze oraz stwierdzeniem, że w przypadku, gdyby Pan Grzegorz Piechaczek widniał w Rejestrze, to informacja z KRK zawierałaby taki zapis z adnotacją, że osobie w rejestrze przypisany jest inny nr PESEL.

Izba uznała słuszność twierdzeń Odwołującego, który podnosił, że udzielenie odpowiedzi na zapytanie podlega sporządzeniu zgodnie i wyłączenie w oparciu o dane wskazane przez wnioskodawcę. Natomiast w myśl §11 ust. 2 rozporządzenia w sprawie udzielenie informacji, jeżeli dane osobowe osoby, której dane dotyczą nie są zgromadzone w rejestrze zapytanie lub wnioszek zwraca się z adnotacją „Nie figuruje”. Tym samym Izba uznała, że skoro w zapytaniu dotyczącym Pana Grzegorza Piechaczka podany PESEL - który stanowi istotne dane identyfikujące tę osobę - może być błędny, wobec tego nie można przyjąć w sposób nie budzący wątpliwości, że złożona informacja z KRK jest potwierdzeniem niekaralności członka organu zarządzającego.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm do złożenia wymaganych dokumentów oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania należy uznać za przedwczesny.



Ad III

Kolejno Izba zbadała zasadność zarzutu niezłożenia przez konsorcjum firm prawidłowego oświadczenia dotyczącego zdolności technicznej i po analizie całości materiału dowodowego przedstawionego w sprawie stwierdziła, że zgłoszony zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że zapisy siwz, w szczególności rozdziału V pkt. 2 siwz określają, że oświadczenie w zakresie zdolności technicznej może składać pełnomocnik konsorcjum lub grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie albo odrębnie każdy uczestnik konsorcjum lub grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W ofercie konsorcjum firm (str. 110 oferty) znajduje się „Oświadczenie wykonawcy dotyczące zdolności technicznej”, które zostało podpisane przez Pana Marka Wróbla i opatrzone pieczęcią „Pełnomocnik mgr Marek Wróbel”. Na dokumencie znajduje się również pieczęć Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjno Handlowe WAMPOL Sp. z o.o. oraz zapis „Lider konsorcjum”.

W ofercie konsorcjum firm (str. 2 oferty) znajduje się „Oświadczenie – ustanowienie pełnomocnika konsorcjum firm”, w którym wskazano, że Liderem konsorcjum wybrano Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe WAMPOL Sp. z o.o. natomiast pełnomocnikiem ustanowiono Pana Marka Wróbla oraz jednocześnie udzielono ww. osobie pełnomocnictwa do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców. Pod przedmiotowym oświadczeniem z ramienia wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe WAMPOL Sp. z o.o. podpisał się Pan Marek Wróbel. Oświadczenie opatrzone pieczęcią „P.U.P.H WAMPOL Sp. z o.o. Dyrektor Generalny mgr Marek Wróbel PROKURENT”.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała za oczywiste i nie budzące wątpliwości, że „Oświadczenie wykonawcy dotyczące zdolności technicznej”, zostało złożone przez Pana Marka Wróbla, który występował wówczas jako pełnomocnik konsorcjum firm a nie jako prokurent samoistny jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Bezspornym jest, że w przypadku gdyby Pan Marek Wróbel reprezentował jedynie wykonawcę P.U.P.H WAMPOL Sp. z o. o. to pod oświadczeniem widniałby podpis i pieczęć „P.U.P.H WAMPOL Sp. z o.o. Dyrektor Generalny mgr Marek Wróbel PROKURENT”, a nie jak to miało miejsce w przypadku przedmiotowego oświadczenia - „Pełnomocnik mgr Marek Wróbel.

W związku z tym, że konsorcjum firm złożyło poprawne oświadczenie dotyczące zdolności technicznej Zamawiający nie miał obowiązku do występowania do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie oświadczenia bądź też o wyjaśnienie jego treści (ust. 4).

Ad IV.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności dotyczących zarzutu nieprawidłowego oświadczenia o udostępnieniu potencjału przez SAG Izba potwierdziła jego niezasadność.

Izba poczyniła następujące ustalenia w przedmiotowym zakresie:

W ofercie Przystępującego (na stronie 112) znajduje się „Zobowiązanie” wykonawcy SAG w którym wykonawca oświadcza, że odda do dyspozycji STADMAR Sp. z o.o. w Katowicach niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - objętego przetargiem nr sprawy 59/2010/EEZP/MZ w zakresie remontu elementów hydrauliki sterowniczej. Zobowiązanie zostało opatrzone datą 12.10.2010 r.

Według 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. W takim przypadku wykonawca 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 wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy określił, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępnia wykonawcy swój potencjał.

W przedmiotowej kwestii istotne jest, iż ustawodawca w art. 23 ust. 3 Pzp określił, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem Izba wskazuje, że Zamawiający nie jest uprawniony wymagać aby zobowiązanie wykonawcy SAG obejmowało swym zakresem wszystkich członków konsorcjum. Prawidłowym i najzupełniej wystarczającym jest wskazanie w zobowiązaniu

jednego z wykonawców wchodzących w skład przedmiotowego konsorcjum, jak to uczyniono w niniejszym przypadku, gdzie wykonawca SAG wskazał wykonawcę STADMAR Sp. z o.o. wchodzącego w skład konsorcjum firm. Żądanie określone w tym zakresie przez Odwołującego ograniczałoby nie tylko swobodę z korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego.

W świetle powyższego Izba potwierdziła zasadność rozumowania i czynności zamawiającego, który zawarte w ofercie konsorcjum firm zobowiązanie SAG uznał za prawidłowe. Izba zwraca uwagę, że żądanie Odwołującego, polegające na tym, aby zobowiązanie obejmowało wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum firm narusza art. 26 ust. 2b Pzp i jest sprzeczne z istotą i celem tworzenia konsorcjum, co stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wyjaśnia, że zgodnie z art. 141 ustawy wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum firm ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, tym samym poprzez ww. regulację interes Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu umowy został zabezpieczony w sposób właściwy i wystarczający.

W zakresie konieczności stosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp argumentacja Izby jest tożsama z argumentacją zawartą w Ad III. niniejszego uzasadnienia.

Reasumując, zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, jak również w toku wyboru oferty najkorzystniejszej art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt. 8, art. 24 ust. 2 pkt 4, oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy.

Jednocześnie Izba potwierdziła, że brak wyjaśnienia przez Zamawiającego niejasności oraz sprzeczności w ofercie konsorcjum firm, opisanych w niniejszym uzasadnieniu wyroku w trybie art. 26 ust. 4 Pzp stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała w powyższym zakresie:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. wezwanie konsorcjum firm do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji wystawionej przez Kompanię Węglową S.A. KWK „Halemba-Wirek”, a w przypadku gdyby złożone wyjaśnienia nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wylegitymowania się innymi

dokumentami potwierdzającymi spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

3. wezwanie wykonawcy konsorcjum firm do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym rozbieżności numeru PESEL Pana Grzegorza Piechaczka w zaświadczeniu z Krajowego Rejestru Sądowego oraz odpisie aktualnym z rejestru przedsiębiorców wydanym przez Krajowy Rejestr Sądowy;
4. a następnie dokonanie przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty związane wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonego rachunku. Izba nie uwzględniła kosztów pełnomocnika Przystępującego, ponieważ nie ziszcila się przesłanka § 3 ust. 2 powyższego rozporządzenia warunkująca możliwość zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Przystępującego, tj. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania w całości, tym samym Przystępujący nie mógł wnieść sprzeciwu.

**Przewodniczący:**

.....