

WYROK

z dnia 1 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Iwent Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu, Remontex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Metrol” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kamieńcu Ząbkowickim** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną w Katowicach,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Becker-Warkop” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świerklanach, „Hydrotech” Spółka Akcyjna w Rybniku, Przedsiębiorstwo Hydromel Spółka Akcyjna w Siemianowicach Śląskich,**
- B. wykonawcy **„Urządzenia i Konstrukcje” Spółka Akcyjna w Żorach,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie aukcji elektronicznej z dnia 15 lutego 2016 roku, wykluczenie wykonawcy

„Urządzenia i Konstrukcje” Spółka Akcyjna w Żorach, odrzucenie oferty wykonawcy „Urządzenia i Konstrukcje” Spółka Akcyjna w Żorach i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną w Katowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Iwent Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu, Remontex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Metrol” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kamieńcu Ząbkowickim** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w Katowicach** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Iwent Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu, Remontex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „Metrol” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kamieńcu Ząbkowickim**, kwotę **18 709 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Kompania Węglowa SA w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy w przedmiocie modernizacji i remontu stu trzydziestu sekcji obudowy zmechanizowanej (typu BW 20/41 POz i BW 20/41 POzJS) dla KW S.A. Oddział KWK „Marcel” podzielone na dwa zakresy (dwie części).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 lutego 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Iwent Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu, Remontex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe i Handlowe „Metrol” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kamieńcu Ząbkowickim (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, pomimo iż jego oferta jest niezgodna z ustawą

2. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2013 r. nr 153 poz. 1503 j.t. z późn. zm.), pomimo tego, iż złożenie oferty wspomnianego wyżej wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy P.z.p, oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, pomimo iż oferta została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

5. zaniechania wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, pomimo niewykazania przez tegoż wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu;

6. zaniechania wezwania, na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy

Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień wykonawcy działającego pod firmą Urządzenia i Konstrukcje spółka akcyjna z siedzibą w Żorach pomimo niewykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia;

7. dokonania wyznaczenia terminu aukcji elektronicznej, na podstawie art. 91a ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo iż oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło dwóch wykonawców, a oferta wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach powinna była zostać przez Zamawiającego odrzucona;

8. zaniechania wyboru oferty odwołujących, na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., która zgodnie z art 2 pkt 5 ustawy stanowiła najkorzystniejszą ofertę z dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert: odwołujących oraz wykonawcy działającego pod firmą Becker Warkop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach.

Wskazanim wyżej czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucili naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. publicznych poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, mimo iż oferta zakłada realizację całości zamówienia przez podwykonawcę, a więc stanowi obejście przepisu art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, mimo iż oferta ta niezgodna jest z SIWZ w części, w jakiej na stronie 29 oferty („wykaz części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom”) wyżej wymieniony wykonawca wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy całość prac stanowiących przedmiot zamówienia, w korelacji z zapisem pkt IV ust. i SIWZ, a więc wymogiem, by powierzenie wykonawstwa podwykonawcy obejmowało „część zamówienia”;

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, pomimo tego, iż wykonawca powyższy działał w porozumieniu z wykonawcą działającym pod firmą Becker Warkop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach, a więc po myśli przepisu art. 3 ust. 1 ustawy» z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2013 r. nr 153 poz. 1503 j.t. z późn. zm.);

4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach

pomimo tego, iż wykonawca powyższy nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia;

5) art. 24. ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia;

6) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach do złożenia wyjaśnień pomimo niewykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia;

7) art. 91a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji wyznaczenie terminu aukcji elektronicznej, pomimo iż oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło dwóch wykonawców, a oferta wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach powinna była zostać przez zamawiającego odrzucona;

8) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, skoro oferta odwołujących stanowiła najkorzystniejszą ofertę z dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert: oferty odwołujących oraz oferty wykonawcy działającego pod firmą Becker Warkop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach.

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, odwołujący wnieśli o;

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie wszelkich czynności zamawiającego związanych z aukcją elektroniczną podjętych po dniu 10 lutego 2016 roku (w tym aukcji elektronicznej);
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.;
- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy działającego pod firmą "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy P.z.p.
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców: odwołujących oraz

wykonawcę działającego pod firmą Beeker Warkop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach;

6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący oświadczyli, że spełniają przesłanki materialnoprawne z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., ponieważ mają interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ich ocenie, w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, istnieje nie tylko możliwość, ale wręcz całkowita pewność uznania oferty odwołujących za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazali, iż odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę "Urządzenia i Konstrukcje" spółka akcyjna z siedzibą w Żorach (dalej jako: "przystępujący UiK"), spowoduje, iż w postępowaniu ostaną się dwie oferty: oferta odwołujących oraz oferta wykonawcy działającego pod firmą Becker Warkop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach (dalej jako: "przystępujący BW"). W takim stanie rzeczy, zgodnie z przepisem art. 91a, niemożliwym stanie się wyznaczenie aukcji elektronicznej, bowiem złożone będą jedynie 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zgodnie natomiast z powyżej wskazaną normą aukcja elektroniczna przeprowadzona może być wyłącznie przy trzech ofertach niepodlegających odrzuceniu. W tym stanie rzeczy oferta odwołujących, jako przedstawiająca najniższą cenę, oraz jeden z najdłuższych okresów gwarancji, będzie musiała zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., odwołujący podnieśli, iż zgodnie z treścią załącznika nr 6 do SIWZ, złożonego na karcie 29 oferty przystępującego UiK, całość zamówienia przekazana będzie do wykonania podmiotowi trzeciemu zaangażowanemu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. *Expresses verbis* zapisano bowiem: „zakres czynności, które zostaną powierzone podwykonawcy: wykonanie modernizacji oraz remontu konstrukcji sekcji. Porównanie powyższego zapisu z zakresem przedmiotu zamówienia, a więc Modernizacja i remont 130 sekcji obudowy Zmechanizowanej (typu BW 20/41 POz i BW 20/41 POz/S) wskazuje jednoznacznie, iż podwykonawca powołany zostanie do wykonania całości przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołujących, powyższe stanowi jawne działanie przystępującego UiK mające na celu obejście przepisów prawa, a w szczególności ustawy P.z.p., bowiem zgodnie z normą art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Analiza przedmiotowej sprawy wskazuje natomiast, iż udzielenie zamówienia przystępującemu UiK spowoduje *de facto* wykonanie

zamówienia przez podmiot, który zostanie powołany przez tego wykonawcę w charakterze podwykonawcy. Nie ulega jednak wątpliwości, iż to rzekomy podwykonawca będzie wyłącznym wykonawcą zamówienia.

W opinii odwołujących, oferta złożona przez UiK powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 ustawy P.z.p., odwołujący zaznaczyli, że oferta złożona przez przystępującego UiK winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 2 ustawy P.z.p. Odwołujący wskazali, iż zgodnie z punktem IV [Podwykonawstwo] ust. 1 SIWZ, „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”. Wbrew temu zastrzeżeniu specyfikacji, przystępujący UiK na karcie 29 oferty (w załączniku nr 6 do SIWZ) wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy całość zamówienia zapisując: „zakres czynności, które zostaną powierzone podwykonawcy: wykonanie modernizacji o rap remontu konstrukcji sekcji”. Jak wskazano powyżej, korelacja powyższego zapisu z zakresem przedmiotu zamówienia, a więc Modernizacja i remont 130 sekcji obudowy zmechanizowanej (typu BW 20/41 PO¹ BW20/41 PO²/S) wskazuje jednoznacznie, iż podwykonawca powołany został do wykonania całości przedmiotu zamówienia, a więc niezgodnie z warunkami zapisanymi w specyfikacji.

W ocenie odwołujących, w związku z niemożliwością dokonania poprawy i jednoczesnej niezgodności oferty przystępującego UiK w postanowieniach SIWZ, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. odwołujący podnieśli, że oferta przystępującego UiK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazali, że jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji. Artykuł 7 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem takim niewątpliwie jest porozumienie mające na celu ustalenie warunków przetargu. W świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego

organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Odwołujący podnieśli, że niedozwolone porozumienie przetargowe może przybrać między innymi formę składania ofert symbolicznych. Stwarza się wówczas pozór rywalizacji między potencjalnymi wykonawcami. Kilku uczestników składa swoje oferty, które są przygotowane w taki sposób, że wygrać może tylko jedna z nich. Powyższe wynika zwykle z faktu, iż oferty pozostałych uczestników zawierają celowo popełnione błędy formalne, dokumenty zawarte w ofercie są niekompletne lub też nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważyli, że oferta złożona przez przystępującego UiK pierwotnie nie spełniała warunków technicznych, zawartych w SIWZ. Przede wszystkim w załączonej dokumentacji technicznej w układzie przesuwany brak było zmiany mocowania przesuwnika w stosunku do oryginału (przed modernizacją). Wymóg ten został zawarty w SIWZ (zał. 2a pkt 3.3). Ponadto rysunki zestawieniowe (zał. 2 rozdz. VII pkt B tj. dokumenty, których złożenie było wymagane wraz z ofertą) przedstawiały sekcję tylko dla zakresu geometrycznego tj. 2,0-4,1 m. Brakowało również rysunku z naniesionym wykresem trajektorii ruchu końca stropnicy po wykonaniu skrawu kombajnu i przysunięciu sekcji do przenośnika dla zakresu roboczego sekcji 2,2-4,0 m (co 0,2 m i zakresem otwarcia stropu 350-450 mm), brak rysunku sekcji wykonawczej na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ tj. sekcji przesuniętej do przenośnika, brak wykresów siły na końcu stropnicy, a także brak schematów ideowych układu hydraulicznego sekcji.

Pismem z dnia 9 lutego 2016 r. Zamawiający wezwał przystępującego UiK do uzupełnienia oferty o schemat ideowy układu hydraulicznego oraz rysunek przedstawiający belkę układu przesuwego dotyczącego wprowadzonych zmian, jak również wyjaśnienia na czym polegają zmiany w układzie przesuwym.

W odpowiedzi przystępujący UiK przedłożył schematy ideowe układu hydraulicznego sekcji liniowej i skrajnej oraz rysunki przedstawiające belkę układu przesuwego przed modernizacją oraz po modernizacji. Rysunki, wykresy oraz schematy załączone do oferty przystępującego UiK po jej uzupełnieniu, są obecnie identyczne jak w ofercie złożonej przez przystępującego BW. Odwołujący podkreślili, że przystępujący BW również uzupełnił ofertę o rysunki i wyjaśnienia dotyczące zmiany mocowania przesuwnika w identycznej formie jak przystępujący UiK. Fakt ten potwierdza istnienie współdziałania pomiędzy wykonawcami, mającego na celu uzyskanie zamówienia przez jednego z nich.

Odwołujący podnieśli także, że pomiędzy przystępującymi UiK oraz BW istnieją powiązania osobowe. Prokurentem spółki Becker Warkop Sp. z o.o. jest Pan A. S., zaś jednym z prokurentów spółki Urządzenia i Konstrukcje S.A. jest Pani B. S., będąca poprzednio prokurentem spółki Becker Warkop Sp. z o.o.

W ocenie odwołujących, czynność przystępującego UiK wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, tym samym zaniechanie odrzucenia oferty stanowiło naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., odwołujący podnieśli, że zamawiający w punkcie III.2.3 SIWZ wskazał, iż o namówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu do składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — to w tym okresie) wykonali zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, tj. a) dla żądania nr 1 — świadczyli usługi w ilości co najmniej dwóch obejmujące modernizację obudów zmechanizowanych i/lub dostawę sekcji obudów zmechanizowanych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 3 000 000 PLN netto.

Przystępujący UiK, chcąc wykazać spełnianie powyższych warunków, na karcie 21 oferty (w załączniku nr 3 do SIWZ — „wykaz wykonanych głównych dostaw/usług”) wykazał dwie dostawy na łączną kwotę 96 702 951,37 złotych realizowane przez FAMUR S.A. Dalej, na nienumerowanej karcie datowanej na dzień 26 stycznia 2016 roku umieszczono zobowiązanie od oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W oświadczeniu tymi wskazano enigmatycznie, iż FAMUR S.A. udostępni przystępującemu UiK zasoby niezbędne w postaci wiedzy i doświadczenia. Jako sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia wskazano "konsultacje", zaś przy charakterze stosunku, jaki łączyć będzie podmioty wpisano "oświadczenie", pomimo wskazówek zamawiającego, iż chodzi o rzeczywisty stosunek prawny istniejący w obrocie profesjonalnym, a więc umowy cywilnoprawne, bądź umowy o współpracę.

Odwołujący podnieśli, że przystępujący UiK nie udowodnił, iż rzeczywiście udostępnione zostały mu zasoby. Za dowód taki nie może być w szczególności uznane wskazanie, iż stosunkiem prawnym będzie „oświadczenie”, a forma udostępnienia przybierze postać „konsultacji”, bez sprecyzowania o jaką umowę łączącą strony chodzi, oraz jak przebiegać będą konsultacje.

W ocenie odwołujących, niemożliwa jest realizacja przedmiotu niniejszego zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby jedynie w formie konsultacji. W szczególności wskazać należy, iż przystępujący UiK jako podmiot, który samodzielnie nie spełnia ani jednego warunku udziału w postępowaniu, nie jest w stanie należycie wykonać przedmiotu zamówienia polegając jedynie na bliżej nieoznaczonych radach udzielanych mu przez FAMUR S.A. Tym samym przystępujący UiK podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., odwołujący podnieśli, iż wszelkie wątpliwości co do zasadności i prawidłowości udowodnienia powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, na gruncie przedmiotowej sprawy, zamawiający rozwiązać powinien poprzez wezwanie przystępującego UiK do złożenia wyjaśnień na okoliczność szczegółów współpracy i realności udostępnienia i dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał powyższego wezwania, a wezwał przystępującego UiK jedynie do poprawienia dokumentu "Zobowiązania od oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia", bowiem przystępujący UiK złożył go pierwotnie w kopii opieczętowanej za zgodność z oryginałem, a nie w oryginale (po myśli przepisu art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p.).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91a ust. 1 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy P.z.p., odwołujący podnieśli, że w konsekwencji powyższych czynności i zaniechań zamawiającego, będąc w mylnym przekonaniu, iż w postępowaniu złożono trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, wystosował on dnia 11 lutego 2016 roku do trzech wykonawców zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Z kolei zgodnie z przepisem art. 91 a ust. 1 ustawy P.z.p, taka czynność zamawiającego dopuszczalna jest jedynie z sytuacji, gdy złożono co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. W niniejszym postępowaniu, zgodnie z powyższymi wyjaśnieniami, złożone zostały jedynie dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, a więc niedopuszczalnym jest dokonanie przez zamawiającego aukcji elektronicznej, a zastosowanie znaleźć powinien przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów przewidzianych w SIWZ, a nie przy pomocy aukcji elektronicznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Szczegółowe stanowisko zamawiającego odzwierciedlone jest w protokole posiedzenia i rozprawy z dnia 25 lutego 2016 roku.

Przystępujący Urządzenia i Konstrukcje SP w Żorach wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. przystępujący podniósł, że nie jest prawdą, iż oferta złożona przez Przystępującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą z uwagi na zamiar przystępującego UiK powierzenia całości zamówienia do wykonania podwykonawcy. Przystępujący UiK wyraźnie wskazał w formularzu zamieszczonym na stronie 25 oferty, iż do wykonania podwykonawcom zamierza powierzyć jedynie wykonanie modernizacji oraz remontu konstrukcji sekcji. Ten zakres prac bynajmniej nie wyczerpuje zaś całości przedmiotu zamówienia, o czym dobitnie świadczy analiza treści punktu V. SIWZ, zatytułowanego „Zakres zamówienia” (s. 16 SIWZ). Obok modernizacji i remontu samej konstrukcji sekcji obudowy w skład przedmiotu zamówienia wchodzi między innymi:

- remont hydrauliki siłowej, którego koszt wykonania odpowiada ok. 40% kosztu całego przedmiotu zamówienia,
- dodatkowe doposażenie sekcji obudowy,
- dostarczenie dokumentacji, w tym certyfikatów pochodzących z zewnętrznych jednostek badawczych, których koszt wykonania oscyluje wokół 100.000 zł,
- serwis gwarancyjny.

Całość tych świadczeń, obejmujących bez mała połowę wartości przedmiotu zamówienia, przystępujący zamierza wykonać samodzielnie. Gołosłowne jest więc twierdzenie odwołujących, iżby rzekomy podwykonawca miał być w istocie wyłącznym wykonawcą zamówienia. Jeżeli nawet przystępujący zdecyduje się na powierzenie wykonania remontu i modernizacji konstrukcji sekcji obudowy podwykonawcy, to w żadnej mierze nie będzie to nawet zbliżało zaistniałej sytuacji do stanu faktycznego opisywanego przez odwołujących.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 ustawy P.z.p. przystępujący wskazali, iż z uwagi na fakt, że nie jest zamiarem przystępującego powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy, niezasadny pozostaje również zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w niniejszym postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 3 ustawy P.z.p., przystępujący podniósł, że producentem i pierwotnym dostawcą wszystkich sekcji obudowy zmechanizowanej, których remont i modernizacja stanowią przedmiot niniejszego zamówienia, jest spółka

Becker Warkop sp. z o.o. Ponieważ zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie udostępnił posiadanej przez siebie Dokumentacji Techniczno-Ruchowej przedmiotowych urządzeń, przystępujący zawarł stosowne porozumienie z Becker Warkop sp. z o.o., na mocy którego uzyskał możliwość korzystania z rysunków technicznych sekcji obudowy, celem opracowania własnej oferty przetargowej. Bynajmniej nie oznacza to zaistnienia między tymi podmiotami niedozwolonej zmywy - wszak bez uzyskania dostępu do dokumentacji projektowej przedmiotowych sekcji obudowy zaprojektowanie ich remontu i modernizacji jawi się jako niewykonalne. *Nota bene*, wedle wiedzy przystępującego, odwołujący nie uzyskali przedmiotowej dokumentacji projektowej żadną drogą oficjalną. Nie powinno w tym kontekście dziwić podobieństwo rysunków dołączanych do obu ofert. Opierają się one bowiem o pierwotne rysunki zawarte w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej, którymi dysponuje Przystępujący i które gotów jest przedstawić w trakcie rozprawy.

Po drugie, wywodzenie istnienia niedozwolonej zmywy przetargowej pomiędzy wykonawcami z faktu iż do roku 2009 obecna prokurent przystępującego, pani B. S., pełniła funkcję prokurenta spółki Becker Warkop sp. z o.o. jawi się jako mało wiarygodne. Argumentacja ta może być zaś określana wyłącznie mianem insynuacji, jeżeli wziąć pod uwagę niczym nie poparte sugestie odwołujących, jakoby jakieś wnioski miały płynąć z faktu, iż obecnie prokurentem przystępującego jest pan A. S.. Jedynie dla pełnej jasności przystępujący wyjaśnia, iż osoby te nie są powiązane rodzinie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., przystępujący wskazał, że co do zasady dysponuje potencjałem technicznym i osobowym pozwalającym na wykonanie zamówienia, o czym zaświadcza chociażby certyfikat Głównego Instytutu Górniczego przedstawiony na stronie 31 oferty. Gros realizowanych przez niego zleceń dotyczy jednak poszczególnych elementów obudów zmechanizowanych, podczas gdy wymogi w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu odnosiły się do modernizacji lub dostawy (kompletnych) sekcji obudowy zmechanizowanej. W tym zakresie przystępujący zdecydował się na skorzystanie z potencjału posiadanego przez jednego z największych nie tylko w Polsce, ale i na świecie producentów urządzeń górniczych -FAMUR S.A. Ponieważ przystępujący posiada własny park maszynowy oraz zasoby ludzkie, korzystanie z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu będzie odbywało się wedle założeń właśnie poprzez konsultacje, których wymagana częstotliwość i forma będą dostosowywane do okoliczności.

Przystępujących Becker Warkop wniósł o oddalenie odwołania. Szczegółowe stanowisko przystępującego znajduje się w protokole posiedzenia i rozprawy z dnia 25 lutego 2016 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy w przedmiocie modernizacji i remontu stu trzydziestu sekcji obudowy zmechanizowanej (typu BW 20/41 POz i BW 20/41 POzJS) dla KW S.A. Oddział KWK „Marcel” podzielone na dwa zakresy (dwie części). Odwołujący oraz obydwaj przystępujący złożyli oferty na zakres pierwszy zamówienia (pierwszą część).

Zgodnie z pkt V.1 SIWZ, rzeczowy zakres zamówienia na zadanie nr 1 obejmował modernizację i remont 124 sztuk sekcji liniowych typu BW 20/41 POz oraz 6 sztuk sekcji skrajnych obudowy zmechanizowanej typu BW 20.41 POz/S bez hydrauliki sterowniczej.

a) Zakres modernizacji:

- wykonanie modernizacji stropnicy sztywnej sekcji liniowej typu BW 20/41 POz na stropnicę sztywno-wysuwną sekcji liniowej obudowy zmechanizowanej (124 szt.),
- poszerzenie osłon bocznych stropnicy i osłon bocznych osłony odzawałowej, osłony boczne wykonane z blachy o grubości co najmniej 20 mm,
- modernizacja belki układu przesuwnej sekcji liniowych i skrajnych w zakresie zmiany mocowania przesuwnika oraz zapewnienie możliwości skokowej regulacji jej długości – skracania o 150 mm i wydłużania o 150 mm od długości konstrukcji podstawowej,

b) Zakres remontu:

- remont konstrukcji wszystkich sekcji obudowy zmechanizowanej z wyłączeniem stropnicy sekcji liniowej,
- remont hydrauliki siłowej,

c) Dodatkowe doposażenie sekcji liniowych i skrajnych:

- sekcje obudowy należy wyposażyć w nowe urządzenia niezbędne do pracy na nachyleniach podłużnych do 35° w ilości zgodnej z instrukcją obsługi,
- wszystkie sekcje należy wyposażyć w osłony zabezpieczające gładzie stojaków i wypełnienie gniazd stojakowych

- d) Dostarczenie dokumentów zgodnie z punktem VII, ppkt A.1
- e) Serwis gwarancyjny
- f) Przedłożenie Wykonawcy zadania nr 2 niezbędnych informacji i dokumentów w celu umożliwienia realizacji zadania nr 2
- g) Wykonawca zobowiązany jest określić w ofercie typ obudowy zmechanizowanej, który zamierza uzyskać w wyniku przeprowadzonej modernizacji.
- h) W celu należytego przygotowania oferty Zamawiający umożliwi potencjalnym Wykonawcom przeprowadzenie audytu (zapoznania się ze stanem technicznym sekcji przeznaczonych do modernizacji). Termon audytu należy uzgodnić z Głównym Mechanikiem ds. dołu KWK „Marcel”.

Przystępujący UiK wraz z ofertą złożył wykaz części zamówienia, jakie zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom, gdzie wskazał, że podwykonawcom zamierza powierzyć wykonanie konstrukcji oraz remontu konstrukcji sekcji.

W ofercie przystępującego UiK w załączonej dokumentacji technicznej w układzie przesuwany brak było zmiany mocowania przesuwника w stosunku do oryginału (przed modernizacją). Wymóg ten został zawarty w SIWZ (zał. 2a pkt 3.3). Ponadto rysunki zestawieniowe (zał. 2 rozdz. VII pkt B tj. dokumenty, których złożenie było wymagane wraz z ofertą) przedstawiały sekcję tylko dla zakresu geometrycznego tj. 2,0-4,1 m. Brakowało również rysunku z naniesionym wykresem trajektorii ruchu końca stropnicy po wykonaniu skrawu kombajnu i przysunięciu sekcji do przenośnika dla zakresu roboczego sekcji 2,2-4,0 m (co 0,2 m i zakresem otwarcia stropu 350-450 mm), brak rysunku sekcji wykonawczej na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ tj. sekcji przesuniętej do przenośnika, brak wykresów siły na końcu stropnicy, a także brak schematów ideowych układu hydraulicznego sekcji.

Pismem z dnia 9 lutego 2016 r. Zamawiający wezwał przystępującego UiK do uzupełnienia oferty o schemat ideowy układu hydraulicznego oraz rysunek przedstawiający belkę układu przesuwного dotyczącego wprowadzonych zmian, jak również wyjaśnienia na czym polegają zmiany w układzie przesuwным.

W odpowiedzi z dnia 10 lutego 2016 roku przystępujący UiK przedłożył schematy ideowe układu hydraulicznego sekcji liniowej i skrajnej oraz rysunki przedstawiające belkę układu przesuwного przed modernizacją oraz po modernizacji. Rysunki, wykresy oraz schematy załączone do oferty przystępującego UiK po jej uzupełnieniu, są identyczne jak

w ofercie złożonej przez przystępującego BW. Przystępujący BW również uzupełnił ofertę o rysunki i wyjaśnienia dotyczące zmiany mocowania przesuwnika w identycznej formie jak przystępujący UiK.

Zgodnie z punktem VII.2.3 SIWZ, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu do składania ofert (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — to za ten okres) wykonali zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, tj. a) dla żądania nr 1 — świadczyli usługi w ilości co najmniej dwóch obejmujące modernizację obudów zmechanizowanych i/lub dostawę sekcji obudów zmechanizowanych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 3 000 000 PLN netto.

Zgodnie z pkt IX pkt 4 SIWZ, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu oryginał pisemnego zobowiązania tych podmiotów (w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ.

Zamawiający przygotował wzór zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ. Wzór zawiera wyjaśnienia dotyczące sposobu jego uzupełnienia. W przypadku konieczności podania sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego wskazał, iż może to być np. podwykonawstwo, konsultacje, doradztwo. W przypadku konieczności wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby wskazał, że może to być np. umowa cywilnoprawna, umowa o współpracy.

Przystępujący UiK, na karcie 21 oferty (w załączniku nr 3 do SIWZ — „wykaz wykonanych głównych dostaw/usług”) wykazał dwie dostawy na łączną kwotę 96 702 951,37 złotych realizowane przez FAMUR S.A. Dalej, na nienumerowanej karcie datowanej na dzień 26 stycznia 2016 roku umieszczono zobowiązanie od oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W oświadczeniu tym wskazano, iż FAMUR S.A. udostępni przystępującemu UiK zasoby niezbędne w postaci wiedzy i doświadczenia. Jako sposób wykorzystania

zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia wskazano "konsultacje", zaś przy charakterze stosunku, jaki łączyć będzie podmioty wpisano "oświadczenie".

Pismem z dnia 11 lutego 2016 roku zamawiający zaprosił wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 1, do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. W dniu 15 lutego 2016 roku zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W dniu 16 lutego 2016 roku zamawiający poinformował o wynikach aukcji elektronicznej. Najwyższą ilość punktów (100) otrzymał przystępujący BW.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu złożenia przez przystępującego UiK oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz w zakresie niewykazania przez tegoż wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez nieodrzućenie oferty przystępującego UiK, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Natomiast według art. 15 ust. 1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

2. Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
- 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;
- 3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2.

Podstawą dla stwierdzenia, iż wykonawcy wskazani w odwołaniu działali wspólnie i w porozumieniu przygotowując oraz składając swoje oferty, mając na celu uzyskanie możliwości wpływania na wynik postępowania wbrew założeniom ustawy i interesom zamawiającego, a więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej, stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych sprawy.

Izba podkreśla, iż wykazanie zmowy przetargowej w większości przypadków opiera się na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią karnoprawną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiedniej wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego. Tak wynika m.in. z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa.

W ocenie Izby o zaistnieniu zmowy przetargowej w rozpoznawanym przypadku świadczą jednakowe rysunki zestawieniowe w ofertach obydwu przystępujących, tj. UiK oraz BW. Odwołujący na rozprawie złożyli kserokopie rysunków obydwu przystępujących oraz rysunki złożone przez siebie. Porównanie złożonego materiału dowodowego nie budzi

wątpliwości w zakresie tego, iż rysunki złożone przez przystępujących są identyczne. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, iż fakt, że złożone przez przystępujących rysunki są identyczne, nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego. Przystępujący wywodzili jedynie, iż autorem dokumentacji technicznej był przystępujący BW, który na mocy stosownego porozumienia udostępnił przystępującemu UiK rysunki techniczne sekcji obudowy celem opracowania własnej oferty przetargowej.

Pomimo powyższych twierdzeń, żaden z przystępujących nie udostępnił Izbie owego porozumienia, na mocy którego przystępujący BW miał udostępnić dokumentację przystępującemu UiK. Przystępujący nie wskazali również na żadne inne środki dowodowe, które mogłyby potwierdzić fakt istnienia takiego porozumienia. Ponadto udostępnienie dokumentacji technicznej uzasadniałoby co najwyżej złożenie identycznych rysunków dotyczących danych urządzeń przed wprowadzeniem jakichkolwiek zmian. Zmiany w rysunkach wynikać już bowiem powinny z koncepcji zaoferowanej przez konkretnego wykonawcę. Tymczasem rysunki złożone przez przystępujących były identyczne bez względu na to, czy dotyczyły urządzeń przed czy też po modernizacji. Wskazać należy, iż do tego faktu żaden z przystępujących na rozprawie się nie odniósł i nie wskazał na okoliczności, które mogłyby tego rodzaju działanie uzasadnić.

Fakt istnienia nielegalnego porozumienia pomiędzy przystępującymi potwierdza okoliczność, iż w przeprowadzonej przez zamawiającego aukcji elektronicznej przystępujący UiK dokonał jedynie jednego postąpienia, z czego można wnioskować, iż jego udział w postępowaniu miał jedynie charakter iluzoryczny, mający na celu ułatwienie uzyskania zamówienia przez drugiego z przystępujących.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się przystępujący (określanego potocznie mianem „zmony przetargowej”) do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzule generalne zawarte w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu - nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października

2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) Tym samym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy ustalić, czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5-17 UZNK) albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK). Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Niedopuszczalna na gruncie Prawa zamówień publicznych byłaby bowiem sytuacja, w której stwierdzenie ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji byłoby niewystarczające dla odrzucenia oferty. Stanowisko takie wynika m.in. z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2013 roku sygn. akt KIO 517/13, z którym to orzeczeniem skład Izby rozpoznający przedmiotowe odwołanie w pełni się zgadza.

Działanie przystępujących jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 P.z.p.) Tym samym nie ma wątpliwości, iż działania ww. wykonawców naruszają godny ochrony interes zamawiającego. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w warunkach uczciwej konkurencji między wykonawcami, a nie wspólne przygotowywanie ofert przez wykonawców.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołujących, iż fakt zaistnienia tzw. „zmowy przetargowej” pomiędzy przystępującymi wynika również z powiązań osobowych pomiędzy tymi wykonawcami. Odwołujący w odwołaniu wskazali, iż aktualnie prokurentem przystępującego BW jest Pan A. S., zaś prokurentem przystępującego UiK – Pani B. S.. Odwołujący, poza zbieżnością nazwisk wskazanych prokurentów, nie wykazali jakichkolwiek powiązań osobistych, w tym powiązań rodzinnych, pomiędzy tymi osobami. Potwierdzeniem powyższego nie jest również fakt, iż Pani B. S. była niegdyś prokurentem przystępującego BW. Ewentualne powiązania uzasadniające zarzut zmowy przetargowej winny, w ocenie Izby, wynikać z aktualnych wzajemnych relacji pomiędzy przystępującymi, nie zaś z okoliczności minionego już zatrudnienia.

Odwołujący na rozprawie wskazali również na inne osoby, które pełnią bądź pełniły określone funkcje u obydwu przystępujących. Z uwagi jednak na fakt, iż osoby te nie zostały wskazane w treści odwołania, Izba uznała, iż w tym zakresie doszło do nieuprawnionego rozszerzenia zarzutów odwołania, w związku z czym okoliczności te pozostały bez wpływu na rozstrzygnięcie izby.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Powyższy przepis jest wynikiem wdrożenia postanowień unijnej dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, która stanowi, że wykonawca może w określonych sytuacjach polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego powiązań między nimi. Musi on w takiej sytuacji dowieść, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający przygotował wzór zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wzór zawiera wyjaśnienia dotyczące sposobu jego uzupełnienia. W przypadku konieczności podania sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego wskazał, iż może to być np. podwykonawstwo, konsultacje, doradztwo. W przypadku konieczności wskazania charakteru stosunku, jaki

będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby wskazał, że może to być np. umowa cywilnoprawna, umowa o współpracy.

W związku z tym, iż ustawodawca w § 1 ust. 6 pkt 2 lit. c wskazanego wyżej rozporządzenia uznał, iż zamawiający jest uprawniony do oceny charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym przedmiotem, wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu winni byli takowy charakter wykazać. Fakt przykładowego wskazania przez zamawiającego na umowy (cywilnoprawną, o współpracy) wskazuje, iż oczekiwał on wykazania, iż stosunek ten będzie miał charakter cywilnoprawny, mający swe umocowanie w umowie opartej na regulacjach prawa cywilnego. Słusznie zatem podnieśli odwołujący, iż określenie stosunku pomiędzy przystępującym UiK a FAMUR SA jako „oświadczenie” jest zbyt ogólne i enigmatyczne, aby mogło stanowić podstawę wykazania dysponowania udostępnionymi zasobami. Podkreślić należy, iż samo określenie „oświadczenie”, nie uzasadnia stanowiska, iż jest to oświadczenie woli w rozumieniu prawa cywilnego, z którym ustawa wiąże jakiegokolwiek skutki, w tym przypadku – zobowiązanie po stronie FAMUR SA do udostępnienia swych zasobów przystępującemu UiK.

Izba nie podziela natomiast stanowiska odwołujących, jakoby udostępnienie zasobów nie mogło odbywać się poprzez konsultacje podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz danego wykonawcy. Taki zakaz nie znajduje umocowania w przepisach prawa, a ponadto zamawiający dopuścił tego rodzaju formę udostępnienia w sporządzonym przez siebie wzorze zobowiązania. Jeżeli odwołujący nie zgadzali z możliwością udostępnienia zasobów w formie konsultacji, winni byli zakwestionować to poprzez złożenie odwołania na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1007/15, zgodnie z którym dopuszczalne są także różne formy udostępnienia zasobów, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobu, jak i do czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać ogólnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do realnego przekazania przez jeden podmiot swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz drugiego podmiotu (wykonawcy).

Pomimo stwierdzenia zasadności wskazanego wyżej zarzutu, Izba nie uwzględniła powiązanego z nim zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. W ocenie Izby przedstawienie wadliwego zobowiązania uzasadniałoby wezwanie wykonawcy do jego złożenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., nie zaś do jego wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Zgodnie jednak z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wzywa się

wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli jego oferta podlega odrzuceniu. Oferta przystępującego UiK podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 3 ustawy P.z.p., wobec czego Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania tegoż wykonawcy do złożenia dokumentu, ale jego wykluczenie z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględnienie powyższych zarzutów jest równoznaczne z uwzględnieniem zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91a i 91 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy w postępowaniu nie złożono co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. W związku z tym Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie aukcji elektronicznej i dokonanie ponownej oceny nieodrzuconych ofert.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 2 ustawy P.z.p. Przystępujący UiK wskazał w formularzu zamieszczonym na stronie 25 oferty, iż do wykonania podwykonawcom zamierza powierzyć jedynie wykonanie modernizacji oraz remontu konstrukcji sekcji. Ten zakres prac nie wyczerpuje zaś całości przedmiotu zamówienia, w skład przedmiotu zamówienia wchodzi również inne czynności, wskazane w pkt V SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....