

WYROK

z dnia 4 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Ewa Rzońca

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy POLMET mgr. Inż. H. K..... Zakład Pracy Chronionej (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Constal – Zakład Pracy Chronionej A..... K....., adres dla pełnomocnika: ul. Biskupa Krasickiego 7, 83-200 Starogard Gdański w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakłady Metalowe "Siwek" Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) PPUH Promet K..... G....., E..... G..... – S..... Sp. j., adres dla pełnomocnika: Biestrzyków, ul. Warsztatowa 6, 55-010 Św. Katarzyna zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) DDSC HOLDING Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) DUMAT Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Katowicka 72, 41-400 Mysłowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
- unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakłady Metalowe "Siwek" Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) PPUH Promet K..... G....., E..... G..... – S..... Sp. j. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) DDSC HOLDING Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) DUMAT Sp. z o.o.;
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert wraz wykluczeniem z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakłady Metalowe "Siwek" Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) PPUH Promet K..... G....., E..... G..... - S..... Sp. j. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) DDSC HOLDING Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) DUMAT Sp. z o.o.;

2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** 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: (1) Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy POLMET mgr. Inż. H. K..... Zakład Pracy Chronionej (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Constal – Zakład Pracy Chronionej A..... K....., adres dla pełnomocnika: ul. Biskupa Krasickiego 7, 83-200 Starogard Gdański** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy POLMET mgr. Inż. H. K..... Zakład Pracy Chronionej (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Constal – Zakład Pracy Chronionej A..... K....., adres dla pełnomocnika: ul. Biskupa Krasickiego 7, 83-200 Starogard Gdański** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawy dla kopalń JSW S.A. siatek okładzinowych oraz zestawów naprawczych opinki wyrobisk chodnikowych w łącznej ilości 2 761 940 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy” w trybie przetargu nieograniczonego(numer sprawy: 43/P/DZZ/13).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 listopada 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 222-366380.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania będącą zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej Odwołujący otrzymał w dniu 14 stycznia 2013 r.

Z zaproszenia do udziału w aukcji wynikało, iż Zamawiający dokonując oceny ofert nie odrzucił ofert złożonych przez Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC.

Przedmiotowa aukcja została przeprowadzona dnia 17 stycznia 2013 r.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 Pzp, tj.:

1)H..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno- Handlowo-Uslugowy „POLMET” mgr. inż. H..... K..... Zakład Pracy Chronionej (Lider Konsorcjum), ul. Biskupa Krasickiego 7, 83-200 Starogard Gdański,

2)A..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „CONSTAL” - Zakład Pracy Chronionej A..... K....., ul. Kościarska 18; 83-210 Zblewo wnosząc w dniu 24 stycznia 2013r.odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym przetargu w zakresie zadania nr 2.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) (dalej ustawy Pzp) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Henryka Siwek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe „Siwek” H..... S..... i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo- Handlowe Promet K..... G....., E..... G..... – S..... sp. j. (dalej: „Konsorcjum Siwek”), a także Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DDSC Holding sp. z o.o. i Dumat sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum DDSC”) pomimo, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu oferty w porozumieniu (uzgodnienie warunków składanych ofert), co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiającego;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: „ustawa antymonopolowa”), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC pomimo, iż wykonawcy Ci dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na złożeniu oferty w porozumieniu (uzgodnili warunki składanych ofert);

3. art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC pomimo, iż nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC pomimo, iż wykonawcy Ci podlegają wykluczeniu z postępowania a ich oferty odrzuceniu;

5. art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo to, że nie wpłynęły w zadaniu nr 2 co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu;

6. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
2. unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC, a w konsekwencji unieważnienia aukcji elektronicznej;

3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;
4. wykluczenie z postępowania wykonawców: Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC oraz odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC;
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, bez konieczności przeprowadzania aukcji elektronicznej.

Odwołujący twierdził, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferty złożone przez Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC zostałyby odrzucone, a co za tym idzie w/w wykonawcy nie otrzymaliby zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a sama aukcja by się nie odbyła.

Dalej wskazał, że cena Odwołującego zawarta w złożonej ofercie była ofertą najkorzystniejszą i w przypadku prawidłowego postępowania Zamawiającego to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana na najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności w swoim odwołaniu podniósł, że złożenie ofert przez Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia ofert złożonych przez w/w wykonawców.

Powyższy czyn nieuczciwej konkurencji – według Odwołującego - stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 uznk, stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Odwołującego taka sytuacja zachodzi w przypadku ofert złożonych przez powyższych konkurentów, a powyższy przepis może stanowić samodzielną podstawę zakwalifikowania określonego ich zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji, co nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie.

Do powyższych wniosków Odwołującego doprowadziła szczegółowa analiza ofert złożonych przez Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC jednoznacznie wskazująca według niego, iż wykonawcy ci złożyli oferty w porozumieniu, co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego o zawarciu pomiędzy Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum

DDSC porozumienia świadczy chociażby:

- a) powiązania osobowe - te same osoby w różnych konfiguracjach wchodzących w skład organów Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC;
 - H..... S..... jest członkiem Rady Nadzorczej DDSC HOLDING Sp. z o. o.;
 - H..... S..... jest prokurentem samoistnym w Spółce „Zakłady Metalowe Siwek” Sp. z o.o. która to spółka jest jednym z czterech wspólników DDSC HOLDING Sp. z o.o.; okresie 22.10.2008 r. - 16.08.2011 r. Henryk Siwek był Prezesem Zarządu spółki „Zakłady Metalowe Siwek” Sp. z o.o.;
 - H..... S..... jest ojcem M..... S..... - Prezesa Zarządu (i jednocześnie jedyne go członka Zarządu) DDSC HOLDING Sp. z o.o.;
 - H..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe „SIWEK” H..... S..... posiada adres głównego wykonywania działalności (wpis do CEIDG) taki sam jak adres „Zakładów Metalowych Siwek” Sp. z o.o. (wpis do KRS), która to spółka jest jednym z czterech wspólników DDSC HOLDING Sp. z o.o.;
 - istnieje zbieżność firm Zakłady Metalowe „SIWEK” H..... S..... oraz Zakładów Metalowych Siwek” Sp. z o.o. (rdzeń firmy jest taki sam - Zakłady Metalowe SIWEK);
- b) powiązania osobowe podmiotów wystawiających referencje członkom Konsorcjum - przykładowo do oferty Konsorcjum „Siwek” załączono referencje wystawione przez Zakłady Metalowe „Siwek” sp. z o.o.;
- c) liczne podobieństwo ofert złożonych przez w/w wykonawców: ta sama treść i układ dokumentów oferty w tym. spisu treści i pełnomocnictwa (zarówno w treści pełnomocnictwa załączonego do oferty Konsorcjum „Siwek” oraz do oferty Konsorcjum DDSC odniesiono się do tego samego § 2 Umowy o Współpracy);
- d) Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC złożyły oferty na te same zadania (zadanie 1, 2, 3, 4, i 5) i jednocześnie zrezygnowały z ubiegania się o zamówienie w zakresie zadania nr 6 i 7. W przypadku wszystkich zadań cena oferty Konsorcjum „Siwek” była wyższa niż cena oferty Konsorcjum DDSC;
- e) do oferty złożonej przez Konsorcjum DDSC nie załączono informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, o której mowa w punkcie 8.1.1. SIWZ. Powyższe miało na celu zapewnienie udzielenia zamówienia jednemu z pozostałych w porozumieniu Konsorcjów. W przypadku, gdyby w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyły wyłącznie Konsorcjum „SIWEK” i Konsorcjum DDSC, co powoduje, iż Zamawiający nie przeprowadzałby aukcji elektronicznej, Konsorcjum DDSC mogłoby nie uzupełnić wspomnianej opinii bankowej, co z kolei skutkowałoby odrzuceniem Konsorcjum DDSC i wyborem oferty Konsorcjum „Siwek” (oferty droższej), jako oferty najkorzystniejszej.

Nadto zauważył, że stosownie do przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, 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.”.

Powołał się na opracowaną przez UOKiK publikację „Zmowy przetargowe” (Warszawa 2012).

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdził, iż działania podejmowane przez Konsorcjum Siwek i Konsorcjum DDSC stanowią znowę przetargową, o której mowa w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, a zatem pozostają w sprzeczności z prawem jak i dobrymi obyczajami.

Ponadto według Odwołującego, opisane działania naruszają interes innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w tym Odwołującego), a także interesy Zamawiającego.

W dalszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia konsorcjum „Siwek” i konsorcjum DDSC w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z powodu nie wniesienia przez tych wykonawców wadium do upływu terminu składania ofert.

Zauważył, że zgodnie z gwarancją przetargową załączoną do oferty Konsorcjum DDSC zobowiązany jest DUMAT sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), zaś z treści gwarancji wynika, że roszczenia z tytułu ww. gwarancji dotyczą wyłącznie tego zobowiązanego.

Nadto wskazał, że z treści gwarancji nie wynika, że zobowiązany tj. DUMAT sp. z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę wspólnie z innym wykonawcą.

Poza tym podniósł, że zgodnie z gwarancją przetargową załączoną do oferty Konsorcjum „Siwek” wykonawcą jest H..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe SIWEK Henryk Siwek”, zaś z treści gwarancji wynika, że roszczenia z tytułu ww. gwarancji dotyczą się wyłącznie Wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego z treści gwarancji nie wynika, że wykonawca tj. H.....

S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe SIWEK Henryk Siwek” składa w przedmiotowym postępowaniu ofertę wspólnie z innym podmiotem.

W ocenie Odwołującego z treści gwarancji jednoznacznie wynika, że nie złożenie dokumentów tylko przez wskazanego w niej Członka Konsorcjum aktualizuje uprawnienie do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i tak samo będzie w przypadku przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, w odniesieniu, do których w treści gwarancji wskazano tylko jednego z Członków Konsorcjum.

Zaznaczył przy tym, że w przypadku, gdy pozostali członkowie Konsorcjum DDSC i Konsorcjum Siwek nie złożą dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, wówczas w stosunku do nich Zamawiający nie będzie miał możliwości zatrzymania wadium.

Zwrócił również uwagę, że w przypadku wniesienia wadium, nie może być mowy o solidarnej odpowiedzialności Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienia.

Argumentował, że przesłanki solidarnej odpowiedzialności zachodzą jedynie w przypadku, wynikającym z przepisu art. 141 ustawy Pzp, zgodnie, z którym, wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący stanął na stanowisku, że powyższa solidarna odpowiedzialność Członków Konsorcjum nie dotyczy innych czynności w toku postępowania, w tym tych dotyczących obowiązku wniesienia wadium, oprócz tych dotyczących wykonania umowy i wniesienia zabezpieczenia.

Twierdził, że treść gwarancji ubezpieczeniowych i wskazane w nich okoliczności zatrzymania wadium nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej, gdyż nie dotyczą wszystkich podmiotów, które złożyły ofertę i zostały ograniczone odpowiednio w przypadku Konsorcjum DDSC do DUMAT sp. z o.o., a w przypadku Konsorcjum „Siwek” do H..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe SIWEK Henryk Siwek”.

Z powyższego wywodził, że wniesione wadia nie zabezpieczają wniesionych ofert, ponieważ oferty nie były składane przez jednego z wykonawców, a przez kilku występujących łącznie.

W dniu 28 stycznia 2013r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy: Konsorcjum „Siwek” i Konsorcjum DDSC.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Konsorcjum „Siwek” i oferty Konsorcjum DDSC, zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 lutego 2013r., pisma Odwołującego z dnia 4 lutego 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 i ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), nie dostrzegła jednak po stronie Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były między innymi kwestie czy Zamawiający miał obowiązek wykluczenia Przystępujących z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia ich ofert z powodu nie wniesienia przez nich wadium zabezpieczającego złożone oferty oraz czy złożone przez Przystępujących oferty stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba nie stwierdziła, iżby złożone przez Przystępujących oferty stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie udowodnił istnienia zmywy przetargowej. Przytoczone w treści odwołania okoliczności istnienia powiązań osobowych członków Konsorcjów, istnienia powiązań osobowych podmiotów wystawiających referencje członkom Konsorcjum, liczne podobieństwo ofert złożonych przez w/w wykonawców przejawiające się w tej samej treści i układzie dokumentów oferty, w tym spisu treści i pełnomocnictwa, złożenia oferty na te same zadania (zadanie 1, 2, 3, 4, i 5) i jednocześnie zrezygnowania z ubiegania się o zamówienie w zakresie zadania nr 6 i 7, gdzie w przypadku wszystkich zadań cena oferty Konsorcjum

„Siwek” była wyższa niż cena oferty Konsorcjum DDSC, pierwotnego nie załączenia do oferty złożonej przez Konsorcjum DDSC informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, o której mowa w punkcie 8.1.1. SIWZ, co najwyżej mogą potwierdzać ich wystąpienie, jednak nie przesądzają one o istnieniu zmywy przetargowej, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jako działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zagrażającemu lub naruszającemu interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W kontekście powyższego stwierdzenia należy zauważyć, że w obowiązującym porządku prawnym przedsiębiorcy działają na zasadzie swobody gospodarczej, która może doznawać pewnych ograniczeń jedynie w sytuacjach określonych ustawowo.

Żadna z powołanych wyżej przez Odwołującego okoliczności nie daje podstawy prawnej do ograniczenia zasady swobody gospodarczej, w szczególności w zakresie możliwości tworzenia przez wykonawców powiązań osobowych i kapitałowych.

Nadto Izba zwraca uwagę, że dobre obyczaje w obrocie nie zostały w żaden sposób skodyfikowane. Zachowania jedynych przedsiębiorców mogą w ocenie innych stanowić działania nieetyczne pod względem handlowym, podczas gdy te same przejawy działalności tych samych wykonawców będą traktowane przez innych, jako nie transparentne.

Z tego powodu Izba nie uznała powołanych w odwołaniu okoliczności, jako łamiących dobre obyczaje w obrocie gospodarczym.

Obok ustalenia braku wystąpienia przesłanki naruszenia prawa i dobrych obyczajów nie wystąpiła również sytuacja zagrożenia i naruszenia interesu Odwołującego.

Przypadek potencjalnego zagrożenia i naruszenia interesu Odwołującego w rozpoznawanej sprawie nie wystąpił – według Izby – z powodu dopuszczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, która jest jedną z najbardziej konkurencyjnych procedur, abstrahującą od tożsamości danego wykonawcy.

Przystępując do przedmiotowego przetargu Odwołujący zaakceptował reguły z pkt. 15.1 SIWZ w powyższym zakresie i zdawał sobie sprawę z tego, iż jego oferta z zaproponowaną ceną może ulec zmianie w wyniku przeprowadzonej procedury aukcji elektronicznej.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie znalazł się w sytuacji zagrożenia i naruszenia własnego interesu.

Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 14 stycznia 2010r., sygn. akt XIX Ga 524/09, w którym ustalając istnienie porozumienia przetargowego, pomimo tego uznał, że jego efektem było dojście do skutku aukcji elektronicznej, co jest przejawem wzmożenia konkurencji umożliwiającej wzięcie udziału w tej aukcji wykonawcy zarzucającemu znowę i zaoferowanie zamawiającemu najkorzystniejszej dla niego ceny.

Rozpoznając przedmiotową sprawę w dalszej kolejności Izba uznała zgłoszony zarzut Odwoływającego odnoszący się do wadium za zasadny.

Wymaga wskazania, że stosownie do art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Postanowienia dotyczące instytucji wadium Zamawiający określił w pkt. 9 SIWZ.

W pkt. 9.3 lit.d Zamawiający postanowił, że w szczególności treść gwarancji lub poręczenia powinna zawierać wskazanie wykonawcy, jako zleceniodawcy gwarancji/poręczenia.

Izba ustaliła, że podmioty na rzecz, których zostały wystawione gwarancje przetargowe – w gwarancji przetargowej z dnia 5 grudnia 2012r.wystawionej przez TUIR Allianz Polska S.A.(strona 39 oferty konsorcjum DDSC Holding) na rzecz wykonawcy Dumat S.A. i w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 1502/Wr/4951/2012 z dnia 7 grudnia 2012r.wystawionej przez TUZ TUV(strona 41 oferty konsorcjum Siwek) na rzecz wykonawcy Zakłady Metalowe SIWEK H..... S..... nie są wykonawcami w rozumieniu art.2 pkt. 11 ustawy Pzp, która definiuje wykonawcę, jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Należy podkreślić, że podmioty wymienione w złożonych dokumentach wadialnych nie ubiegają się samodzielnie o udzielenie zamówienia i nie złożyły samodzielnie ofert, lecz działają, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że treść ww. gwarancji, które mogłyby zostać uznane za wadium zabezpieczające oferty konsorcjum Przystępujących powinny identyfikować podmioty składające ofertę wspólną.

Bez znaczenia jest przy tym, czy gwarancja została wystawiona na jeden z podmiotów składających ofertę wspólną czy też na wszystkie.

Przedłożone przez Przystępujących gwarancje obejmują jedynie niektórych uczestników konsorcjum, nie dając Zamawiającemu pewności, co do prawnej skuteczności dochodzonego roszczenia, w warunkach wystąpienia okoliczności określonych w ustawie Pzp.

Wymaga również wskazania, że załączone do ofert Przystępujących gwarancje wadialne dotyczą podmiotu zobowiązanego (Dumat sp. z o.o.) bądź wykonawcy (Zakłady Metalowe „SIWEK” H..... S.....), którzy w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ofert nie złożyli, a zatem w takim wypadku – zdaniem Izby – wystawca gwarancji może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, bowiem okoliczności wymienione w tych gwarancjach dotyczą jedynie powyższych podmiotów, a nie wykonawców składających ofertę wspólnie.

W powyższych dokumentach gwarancyjnych wymienione zostały następujące okoliczności powodujące powstanie roszczenia o wypłatę z gwarancji:

1) wykonawca(zobowiązany) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art.26 ust.3 Ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art.25 ust.1 Ustawy, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie;

2) wykonawca(zobowiązany) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w warunkach określonych w ofercie;

3) wykonawca(zobowiązany) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy;

4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy(zobowiązanego)

Z powyższego należy wyprowadzić wniosek, że z powodu nie zabezpieczenia interesu Zamawiającego należy uznać, że gwarancje te nie są wadiumi, które zabezpieczają złożone przez nich oferty.

W powyżej sytuacji Zamawiający był bezwzględnie zobowiązany do zastosowania przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp, wykluczając Przystępujących z przedmiotowego postępowania.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględni

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

Przewodniczący:

.....

.....

