

Sygn. akt: KIO 2298/12

## WYROK

z dnia 6 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 roku przez **Odwołującego – HYDROINSTAL Sp. z o.o., 44-253 Rybnik, ul. Jastrzębska 12**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**,

przy udziale **Wykonawców – Konsorcjum: Amar Sp. z o.o., Kelo-Pol Sp. z o.o., 44-370 Pszów, ul. Ks. P. Skwary 20**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – HYDROINSTAL Sp. z o.o., 44-253 Rybnik, ul. Jastrzębska 12** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – HYDROINSTAL Sp. z o.o., 44-253 Rybnik, ul. Jastrzębska 12**, tytułem wpisu od odwołania.

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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sprzątnięcie i obsługa łaźni górniczych w Oddziałach KW S.A.: KWK Jankowice i KWK Marcel w okresie 12 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.08.2012 r. pod numerem 2012/S 160-267459.

W niniejszym postępowaniu, w ramach zadania nr 1, Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: AMAR Sp. z o.o. i KELO-POL Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”:

- a. art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 przez ich niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Konsorcjum firm: AMAR Sp. z o.o. i KELO-POL Sp. z o.o. jako niezgodnej z ustawą, SIWZ i prowadzącej w swojej konsekwencji do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji;
- b. art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 przez jego niezastosowanie mimo zaistnienia podstawy do żądania od Konsorcjum firm: AMAR Sp. z o.o. i KELO-POL Sp. z o.o. wyjaśnień co do treści oferty, w zakresie załącznika nr 4 do SIWZ - wykaz osób, jako tożsamej z treścią tegoż samego załącznika złożonego przez AMAR Sp. z o.o. w przetargu o udzielenie zamówienia publicznego dla KWK Rydułtowy Anna, gdyż Zamawiający posiada wiedzę na temat tego, iż na identyczne zadanie zawarł z ww. Wykonawcą umowę o wykonanie zamówienia w ruchu ciągłym, przy wskazaniu i zatrudnieniu tych samych osób, co podane w załączniku nr 4 do SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 1 oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł ewentualnie o unieważnienie postępowania, bowiem w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik tego postępowania, co naraża umowę, która zostanie zawarta z wyłonionym wykonawcą, na zarzut nieważności.

Jednocześnie Odwołujący się wniósł o:

- przeprowadzenie dowodu z akt niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w części dotyczącej zadania nr 1 - Sprzątnięcie i obsługa łaźni górniczych w

KWK Jankowice, w szczególności oferty złożonej przez Konsorcjum firm: AMAR Sp. z o.o., i KELO-POL Sp. z o.o., zwłaszcza zaś załącznika nr 4 do SIWZ - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień oraz SIWZ do przedmiotowego przetargu, w części objętej pkt. X, ppkt 3 tejże specyfikacji;

- przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającego, dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pt. Sprzątanie i obsługa łaźni górniczych w Oddziałach Kompanii Węglowej S.A.: KWK Chwałowice (zadanie 1), KWK Jankowice (zadanie 2), KWK Marcel (zadanie 3), KWK Rydułtowy - Anna (zadanie 4) w okresie 12 miesięcy (nr sprawy: 331200273), w części dotyczącej zadania nr 4 - Sprzątanie i obsługa łaźni górniczych w KWK Rydułtowy - Anna, w szczególności oferty złożonej przez firmę AMAR Sp. z o.o., zwłaszcza zaś załącznika nr 4 do SIWZ - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień oraz SIWZ do przedmiotowego przetargu w części objętej pkt. X, ppkt 3 tejże specyfikacji oraz wyników przetargu i umowy zawartej z AMAR Sp. z o.o.

celem wykazania: iż te same osoby, które zostały podane w załączniku nr 4 do SIWZ - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień do niniejszego zadania, zostały podane również przez AMAR Sp. z o.o. do tożsamego zadania na KWK Rydułtowy - Anna, gdzie umowa z ww. Spółką została już zawarta przez Zamawiającego i podane osoby wykonują pracę w ruchu ciągłym, co uniemożliwia im fizycznie udział w wykonaniu zadania, do którego realizacji zostały wskazane w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający z rażącym naruszeniem przepisów ustawy dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum firm: AMAR Sp. z o.o. i KELO-POL Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu, w części dotyczącej zadania nr 1. Odwołujący wyjaśnił, iż zarówno Odwołujący, jak i lider wyłonionego Konsorcjum - AMAR Sp. z o.o. występowali w przetargu o udzielenie zamówienia publicznego pt. Sprzątanie i obsługa łaźni górniczych w Oddziałach Kompanii Węglowej S.A.: KWK Chwałowice (zadanie 1), KWK Jankowice (zadanie 2), KWK Marcel (zadanie 3), KWK Rydułtowy - Anna (zadanie 4) w okresie 12 miesięcy.

W rozstrzygnięciu tego przetargu do wykonania zadania nr 4 wyłoniono AMAR Sp. z o.o. i podpisano z nią umowę, zaś do wykonania zadania nr 2 wyłoniono Odwołującego, a następnie przetarg w tej części unieważniono. Spółka AMAR Sp. z o.o. - obecny Lider Konsorcjum wyłonionego w niniejszym postępowaniu, w złożonej ofercie - załącznik nr 4 do SIWZ, zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla KWK Rydułtowy - Anna, jak i w niniejszym postępowaniu, podała w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień, te same osoby, co

czyni, zdaniem Odwołującego, obiektywnie niemożliwym, aby te same osoby wykonywały pracę w ruchu ciągłym przy zadaniu sprzątnięcia i obsługi łaźni na KWK Rydułtowy - Anna i na KWK Jankowice (załącznik nr 4 do SIWZ z obydwóch przetargów).

Dodatkowo powyższe spowodowało, iż doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez osoby działające w imieniu lidera Konsorcjum AMAR Sp. z o.o., wskazanego w art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zarząd lidera Konsorcjum - AMAR Sp. z o.o. nie mogąc wykorzystać osób, które miałyby uczestniczyć w wykonaniu zamówienia dla KWK Jankowice, podanych w wykazie - załącznik nr 4 do SIWZ, nakłania osoby zatrudnione u Odwołującego do zaprzestania pracy na rzecz Odwołującego i podjęcia pracy na rzecz ww. Spółki, co stanowi bezsprzecznie czyn nieuczciwej konkurencji, wskazany w art. 12 ust. 1 tejże ustawy. W tym przedmiocie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania członka zarządu Odwołującego J..... G.....

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający swoim zachowaniem naruszył przepis art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, mimo zaistnienia podstawy do żądania od Konsorcjum firm: AMAR Sp. z o.o. i KELO-POL Sp. z o.o., wyjaśnięć co do treści oferty, w zakresie załącznika nr 4 do SIWZ, jako tożsamej z treścią tegoż samego załącznika złożonego przez Wykonawcę AMAR Sp. z o.o. w przetargu o udzielenie zamówienia publicznego na KWK Rydułtowy-Anna, gdzie Zamawiający posiada wiedzę na temat tego, iż na identyczne zadanie zawarł z ww. Wykonawcą umowę o wykonanie zamówienia przy czynnościach podejmowanych w ruchu ciągłym, przy wskazaniu i zatrudnieniu tych samych osób, co wskazane w załączniku nr 4 do SIWZ.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba przeprowadziła dowód z dokumentu - Załącznika nr 4 Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień, który został dołączony do oferty Przystępującego oraz z pisma z dnia 30.10.2012 r., sporządzonego przez Oddział KWK Rydułtowy-Anna, zawierającego informacje, dotyczące osób zatrudnionych do realizacji zamówienia na obsługę łaźni. Powyższe stanowiło podstawę do ustalenia, iż tożsamość osób, wykonujących zamówienie dla KWK Rydułtowy-Anna i zaproponowanych do realizacji niniejszego zamówienia dotyczy osób wykonujących funkcje dozoru, zaś nie stwierdzono jej w odniesieniu do osób zajmujących się obsługą urządzeń. Jednocześnie brak było podstaw do przeprowadzenia dowodu z Załącznika nr 4, dołączonego przez Amar Sp. z o.o. do oferty, złożonej w postępowaniu prowadzonym przez KWK Rydułtowy-Anna, bowiem ewentualne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma aktualny skład zespołu, realizujący zamówienie dla KWK Rydułtowy-Anna, a nie pierwotnie proponowany, skoro zarzut Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, iż nie

jest możliwym wykonywanie zamówienia przez te same osoby w obu postępowaniach w ruchu ciągłym.

W Załączniku nr 1a do SIWZ, dotyczącym sprzątnia i obsługi łaźni dla KWK Jankowice, określono zakres zamówienia, obejmujący utrzymanie czystości w łaźni, obsługę łaźni oraz obsługę bojlerowni. Jednocześnie Zamawiający podał optymalne obłożenie łaźni (pkt 2), zastrzegając jednocześnie, że Wykonawca musi dysponować odpowiednią ilością osób, wynikającą z przyjętego obłożenia, która będzie warunkować prawidłowe i należyte wykonanie prac objętych zamówieniem.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, wobec braku podania jakichkolwiek okoliczności faktycznych, wskazujących na niezgodność oferty z ustawą. Powyższe w istocie uniemożliwiło dokonanie kontroli przez Izbę, skoro Odwołujący nie przytoczył jakichkolwiek podstaw faktycznych, stanowiących uzasadnienie prawne dla sformułowanego zarzutu.

Za nieuzasadniony należy również uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w warunkach niniejszego zamówienia, można rozpatrywać w aspekcie możliwości danego wykonawcy zapewnienia wymaganego obłożenia łaźni, jeśli idzie o jej obsługę, w konkretnych okolicznościach faktycznych. Problem, na jaki zwrócił uwagę Odwołujący, jest o tyle istotny, że wymaga badania, czy sposób realizacji zamówienia, zaproponowany przez Przystępującego, jest zgodny z treścią SIWZ i możliwy do uzyskania. Oczywistym jest, iż to nie rodzi po stronie zamawiającego każdorazowo konieczności badania tych okoliczności w aspekcie innych postępowania, a jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek zweryfikowania zarzutów stawianych w tym przedmiocie. Co ważne, Zamawiający w niniejszym postępowaniu podołał przedmiotowemu obowiązkowi i jak ustaliła Izba, nie ma podstaw do twierdzenia, iż Przystępujący nie jest w stanie zapewnić realizacji niniejszego zamówienia, biorąc pod uwagę wymagane przez Zamawiającego, obłożenie łaźni. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, konieczność zapewnienia na bieżąco realizacji określonych czynności faktycznych nie jest zagrożona, bowiem powołane czynności w realizowanym zamówieniu, jak i w niniejszym zamówieniu, będą wykonywane przez różne osoby. Zaś, poza sporem pozostaje okoliczność, iż czynności dozoru zastrzeżone są dla tych samych osób i mogą być przez nie wykonywane w obu postępowaniach. Nie budzi bowiem wątpliwości okoliczność, iż dozór nie wymaga stałej obecności wobec dozorowanych.

Brak również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uszło uwadze Odwołującego, iż hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest sytuacja, w której złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Poza kognicją Izby pozostaje więc ocena wszelkich działań przedsiębiorcy, niemieszczących się w zakresie „złożenia oferty”, które należy kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie pozostaje bowiem właściwy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zatem, w niniejszym stanie faktycznym jedynie stwierdzenie, że osoby zamieszczone w załączniku nr 4, dołączonym do oferty Przystępującego, są pracownikami Odwołującego i udowodnienie, że Przystępujący nakłaniał pracowników Odwołującego do rozwiązania umów o pracę albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w celu przysporzenia sobie korzyści majątkowej, mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty. Zaś wobec braku potwierdzenia wskazanych okoliczności brak było podstaw do przypisania Zamawiającemu podniesionych zarzutów. Jednocześnie wobec niepotwierdzenia się stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący proponuje do realizacji obu zamówień te same osoby, brak było podstaw do przesłuchania w charakterze świadka J..... G.....

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż źródła ochrony stosunków umownych przedsiębiorcy nie można upatrywać w prawie podmiotowym przedsiębiorcy do zabezpieczenia stosunków pracowniczych (albo do nich podobnych) lub też stosunków z klientelą. Ani klientela ani pracownicy nie stanowią przedmiotu praw przedsiębiorcy, a zwłaszcza praw o charakterze bezwzględny. Zarówno pracownicy, jak i klienci mają prawo do zerwania swoich stosunków z przedsiębiorcą i ten ostatni nie może, powołując się na funkcjonowanie swego przedsiębiorstwa, im w tym przeszkodzić.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż nie znalazł on potwierdzenia. Oczywistym jest, iż Zamawiający nie ma podstaw do żądania wyjaśnień treści oferty, która nie budzi wątpliwości. Zamawiający nie ma również obowiązku doszukiwania się tych wątpliwości w kontekście wszelkich postępowań, w których uczestniczy Postępujący. Zadośćuczynienie temu oczekiwaniu, z przyczyn obiektywnych, byłoby niemożliwe. Wdrożenie zaś postępowania wyjaśniającego, wobec zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, stanowi przykład dochowania staranności przez Zamawiającego i co istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, wynik przeprowadzonego postępowania, nie potwierdza wniosków Odwołującego.

Izba nie dostrzegła również podstaw do unieważnienia niniejszego postępowania, stawiane przez Odwołującego zarzuty nie znalazły potwierdzenia, a zatem nie mogą być rozważane w przedmiocie podstaw unieważnienia postępowania, inne zaś nie zostały podniesione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpisy od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....