

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **P. P-H-U STAN-MAR Sp. z o.o., ul. Krakowska 8, 43-600 Jaworzno**, w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno**,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża P. P-H-U STAN-MAR Sp. z o.o., ul. Krakowska 8, 43-600 Jaworzno i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. P-H-U STAN-MAR Sp. z o.o., ul. Krakowska 8, 43-600 Jaworzno**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **P. P-H-U STAN-MAR Sp. z o.o., ul. Krakowska 8, 43-600 Jaworzno** na rzecz **Południowego Koncernu Węglowego S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe „STAN-MAR” Sp. z o.o. w Jaworznie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa obsługa placów materiałowych dla Zakładów Południowego Koncernu Węglowego S.A. prowadzonego przez Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie wniósł dnia 6 czerwca 2011 r. odwołanie od wyniku postępowania i zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Hurtownia Janina Sp. z o.o. w Libiążu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 8 ust. 1-2, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1, art. 91, art. 96 ust. 3 i 5 ustawy prawo zamówień publicznych (pzp).

Wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w wyniku czego nastąpi odrzucenie kwestionowanej oferty i w wyniku oceny ofert wskazanie na ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał, że oferta wybranego wykonawcy, zgodnie z załącznikiem – Formularz ofertowy – zał. Nr 2 do siwz została złożona i podpisana przez HURTOWNIA JANINA Sp. z o.o. w Libiążu, jak również pozostałe najważniejsze załączniki wymagane zapisami siwz złożone i podpisane do oferty są oznaczone tym wykonawcą. Wskazał nadto na oświadczenie firmy Phoenix Sp. z o.o. o dysponowaniu na rzecz wykonawcy posiadanymi zasobami (s. 15 oferty). Odwołujący stwierdził, że zamawiający wobec treści otrzymanej oferty nie miał podstaw do żądania wyjaśnień dotyczących określenia podmiotu składającego ofertę. Uzupełnienie 1 strony formularza ofertowego ocenił jako niedopuszczalne wskazując na art. 26 ust. 3 ustawy, a wskazana nieprawidłowość nie mieści się również w kategorii omyłki podlegającej poprawieniu. W ocenie odwołującego oferta podpisana została przez osoby reprezentujące Hurtownię Janina Sp. z o.o., jest to jedyny podmiot, który złożył i brak jest podstaw do przyjęcia, że pan Antoni Dziedzic występował w charakterze pełnomocnika reprezentującego dwa podmioty. Kwestionowana oferta podlega, w ocenie odwołującego regulacji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, 3, 4, a wskazany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie załączył do oferty wymaganych referencji, nie wskazał wymaganego potencjału osobowego oraz nie wykazał wymaganych obrotów.

Zgodnie z zapisami siwz R.II pkt B wymagano referencji z podobnej realizacji usług na wartość 15 mln zł. Do oferty załączono realizację na wartość ok. 3.870 tys. zł tj nie spełniającą wymogu. W załączniku nr 3 (str. 7 oferty) wykonawca wskazał zadania

wykonane (na rzecz odwołującego) na wartość 6.455.516 zł, a referencja z danego zadania wskazuje kwotę 4.611.600 zł. Odwołujący stwierdził, że tym samym nie potwierdzono spełnienia warunku i doszło do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że pozostałe pozycje wykazu dotycząc firmy Phoenix Sp. z o.o. i załączone referencje również nie potwierdzają spełnienia warunku, a wykaz uzupełniony na wezwanie zamawiającego nie jest potwierdzony dodatkowymi referencjami i zawiera błędy (poz. 8 opisująca okres realizacji 1.01.2011-30.04.2010) oraz potwierdza stan rzeczy po dniu złożenia oferty, co narusza przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał na wymóg R.II pkt C 1 siwz dot. dysponowania personelem w ilości 40 osób, natomiast kwestionowany wykonawca wskazał jedynie 19 osób. Ponadto przy wymogu R.II pkt 2 C 2 wskazania personelu osobowego do realizacji w charakterze nadzoru wyższego osobę z kwalifikacjami o specjalności mechanicznej „transport kolejną na powierzchni”, wykonawca wskazał na str. 16 oferty pana Pawła D., który posiada kwalifikacje na dozór ruchu specjalności powierzchniowej. Złożył na rozprawie pismo Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 17.06.2011 r., gdzie stwierdzono m. in., że wobec braku informacji w zakresie posiadanego wykształcenia i dotychczasowego przebiegu pracy w charakterze osoby dozoru ruchu, w odniesieniu do Pana Pawła D., nie jest możliwe uznanie czy posiadane zatwierdzenie, dotyczące „specjalności powierzchniowej”, uprawnia wyżej wymienionego do wykonywania obowiązków osoby dozoru ruchu w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny we wszystkich rodzajach specjalności technicznych odnoszących się do „powierzchni”, a wymienionych w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z 11.06.2002 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych, mierniczego górniczego i geologa górniczego oraz wykazu stanowisk w ruchu zakładu górniczego, które wymagają szczególnych kwalifikacji (Dz. U. z 2004 r., Nr 84, poz. 755 ze zm.), a ponadto stwierdzono, że w/w posiada kwalifikacje osób wyższego dozoru ruchu w określonym rodzaju zakładu górniczego tj. w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny.

Kolejny zarzut dotyczy braku spełniania warunku potencjału ekonomicznego ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania. Przy wymogu obrotów z ostatnich 3 lat w wysokości min. 15 mln zł, wykonawca wskazał obroty za 2008-2009 na poziomie 4,4 mln zł i brak jest informacji dot. roku 2010.

Odwołujący zakwestionował również formę dokumentów dotyczących wykonawcy Phoenix Sp. z o.o. wskazując, że zgodnie z przepisami kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podmiotów na których zasoby wykonawca się powołuje, są poświadczanie za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Odwołujący zauważył, że szereg

dokumentów zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a nie przez „podmiot zasób” firmę Phoenix.

Odwołujący stwierdza, że omawiana oferta jest nieważna i nie powinna brać udziału w ocenie ofert, a tym samym być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał również naruszenie zasady jawności postępowania polegające na zwłoce w udostępnieniu dokumentacji postępowania, bez wskazania przyczyny, poprzez przesunięcie terminu wglądu do dokumentów z dnia 30.05 br. do dnia 2.06.2011 r.

Wskazane czynności zamawiającego odwołujący określił jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę obiektywizmu i bezstronności oraz jego interes w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania stwierdzając, że w wyniku badania oferty wziął pod uwagę całość dokumentacji ofertowej, a w szczególności treść zawartych w niej pełnomocnictw, w których wskazano Hurtownię Janina Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum oraz pełnomocnika konsorcjum w osobie Antoniego D. – Prezesa zarządu spółki lidera. Powyższe potwierdził pełnomocnik konsorcjum w drodze wyjaśnień do treści oferty. Uznał, że obydwie podmioty składające ofertę wspólnie wykazały spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że do oferty, której dotyczą zarzuty odwołania załączone zostały dokumenty dotyczące firm: Hurtownia Janina Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu oraz Phoenix Business Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, a także pełnomocnictwa dla pana Antoniego D. do reprezentowania konsorcjum w składzie: Hurtownia Janina Sp. z o.o. – Lider konsorcjum oraz Phoenix Business Sp. z o.o. – uczestnik konsorcjum, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do złożenia oferty, udzielania pełnomocnictw i zawarcia umowy. Natomiast w formularzu ofertowym na stronie 1 oferty jako wykonawca została wskazana tylko firma Hurtownia Janina Sp. z o.o. W wyniku wezwania do złożenia wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp czy oferta została złożona przez jeden podmiot czy przez konsorcjum dwóch firm, wykonawca stwierdził, że złożona oferta dotyczy konsorcjum w/w firm, a dalsze dokumenty zawarte w ofercie to potwierdzają.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania, a w szczególności treść postanowień siwz oraz treść oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, ustaliła i zważyła, co następuje.

W rozpatrywanej sprawie podstawową kwestią sporną między stronami jest ustalenie, czy oferta wybrana przez zamawiającego została złożona przez jednego wykonawcę, czy też przez dwa podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia. Poza sporem jest

okoliczność, iż w formularzu ofertowym przedmiotowej oferty została podana nazwa jednego podmiotu, którym jest Hurtownia Janina Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu. Formularz ten został podpisany przez Prezesa Zarządu Antoniego D. i prokurenta Stanisława D., został ponadto opatrzony pieczęcią firmową wymienionej spółki. Wskazując powyższe Izba podziela stanowisko obydwu stron postępowania odwoławczego, jakkolwiek wywodzących z tego odmienne wnioski, że dla oceny oferty istotna jest treść oferty jako całość zawartych w niej informacji zawierających określone oświadczenia woli i wiedzy. Obie strony na potwierdzenie stanowiska przywołują dwa dokumenty zawarte na s. 163 i 164 oferty zawierające w swej treści wskazanie przetargu nr 16/2011/EEZP/AW pt. „Kompleksowa obsługa placów manewrowych dla Zakładów Górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A. tj. stanowiącego przedmiot zamówienia w rozpoznawanej sprawie. Pierwszy z nich to pełnomocnictwo, w którym powołując art. 23 ustawy pzp Hurtownia Janina Sp. z o.o. i Phenix Business Sp. z o.o. reprezentowane przez uprawnione osoby ujawnione w KRS dla tych podmiotów udzieliły „pełnomocnictwa niżej wymienionemu członkowi Zarządu spółki Hurtowania Janina Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu przy ulicy Górniczej 23 – Lidera Konsorcjum: Antoni Dziedzic – Prezes Zarządu do reprezentowania w przetargu /.../”. W drugim pełnomocnictwie udzielonym przez Phoenix Business również powołując art. 23 ustawy pzp stwierdzono: „/.../ jako uczestnik Konsorcjum w składzie: 1. Hurtownia Janina Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu – Lider, 2. Phoenix Business Sp. z o.o. siedzibą w Rudzie Śląskiej – Konsorcjant udzielamy pełnomocnictwa niżej wymienionemu członkowi Zarządu spółki Hurtownia Jania sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu przy ul. Górniczej 23: Antoni Dziedzic – Prezes Zarządu do reprezentowania w przetargu /.../”.

Do złożonych przez mocodawców oświadczeń woli zawartych w zacytowanych dokumentach oraz pozostałych składających się na ofertę, mają zastosowanie, stosownie do art. 14 ustawy pzp, przepisy kodeksu cywilnego, w tym, wobec sporu co do skutków prawnych, jakie wynikają z treści pełnomocnictw, dyrektywy wykładni ustanowione w art. 65 kc. Literalna treść pełnomocnictw wskazuje jako pełnomocnika osobę Antoniego D. pełniącego funkcję Prezesa Zarządu Hurtowni Janina Sp. z o.o., czyli, jak zauważył odwołujący – osobę fizyczną. Niesporne jest, że wymieniona osoba podpisała wszystkie niezbędne dokumenty składające się na ofertę, w tym formularz ofertowy. W ocenie Izby uzasadnione i zrozumiałe jest przy tym, że pełnomocnik podpisał dokumenty opatrując podpis pieczęcią wskazującą na pełnioną funkcję, skoro w związku z nią i z racji funkcji (podanej w pełnomocnictwie) uzyskał umocowanie do dokonywania czynności w postępowaniu. W świetle treści pełnomocnictw złożonych w ofercie twierdzenie, że ustanowiony pełnomocnik nie działał w charakterze pełnomocnika wykonawców, lecz jedynie jako reprezentant organu zarządzającego jednej spółki określonej jako lider konsorcjum, gdyż oferta została podpisana także przez prokurenta tej spółki, nie zasługuje na aprobatę. Twierdzenie takie prowadziłoby

bowiem do nieracjonalnego wniosku, że pełnomocnictwa nie mają znaczenia i nie powinny być brane pod uwagę. Należy przy tym uznać za istotną okoliczność potwierdzoną treścią pełnomocnictw, że obydwie wymienione podmioty utworzyły konsorcjum w celu złożenia oferty wspólnej w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdzeniem zrealizowania tego zamiaru jest zawarcie w ofercie wymaganych dokumentów potwierdzających łączne spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami ustawy pzp i postanowieniami siwz przez obydwie podmioty, a także w zakresie dokumentów wymaganych od każdego wykonawcy osobno, złożenie tych dokumentów.

W świetle powyższego, w ocenie składu orzekającego, zamawiający, biorąc pod uwagę treść oferty zawierającej dokumenty odnoszące się do obydwu podmiotów oraz pełnomocnictwa wykonawców, miał podstawy uznać, że doszło do złożenia oferty wspólnej. Uzyskanie jednoznacznego wyjaśnienia w tym zakresie, dopuszczalnego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, potwierdziło tę okoliczność. Na marginesie należy zauważyć, że dla uznania powyższego, nie ma znaczenia dodatkowe złożenie przez wykonawcę zmienionego formularza ofertowego zawierającego wprost nazwy obydwu wykonawców; w tym zakresie jako dotyczącym treści oferty, nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące uzupełniania dokumentów i oświadczeń, zawarte w art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Kolejną uwagą Izby jest stwierdzenie, że w przedstawionych pełnomocnictwach mocodawcy wskazali jako lidera konsorcjum spółkę Hurtownia Janina Sp. z o.o., która to nazwa (lider konsorcjum) w świetle ustalonych zwyczajów w obszarze prawa zamówień publicznych jest z reguły utożsamiana z pełnomocnikiem wykonawców w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy pzp. W rozpoznawanej sprawie powyższe spostrzeżenie, wobec ustalenia wprost osoby pełnomocnika, ma na celu jedynie uzasadnienie racjonalności czynności zamawiającego, który w sprawach dotyczących złożonej oferty zwracał się do wskazanego lidera – osoby prawnej.

Konsekwencją dokonanego rozstrzygnięcia w zakresie kluczowego zarzutu odwołania jest stwierdzenie, że wskazani wykonawcy wykazali łącznie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych obrotów na poziomie wymaganym postanowieniami siwz.

Odnosnie zarzutu dotyczącego spełnienia warunków udziału w zakresie potencjału osobowego Izba stwierdziła, co następuje. W siwz w R.II pkt 2 C 2 wymagano wykazania dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez zapewnienie przez wykonawcę nadzoru nad robotami przez osoby dozoru ruchu posiadające kwalifikacje zawodowe i uprawnienia potwierdzone przez właściwy organ nadzoru górniczego – stwierdzenie kwalifikacji o specjalności mechanicznej „transport kolejną na powierzchni” w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny lub równoważne, w tym kwalifikacje dozoru wyższego dla osoby odpowiedzialnej za realizację zamówienia, w

łączonej ilości minimum 7 osób (w tym jedna osoba dozoru wyższego). W ofercie wybranej wskazano na str. 16 pana Pawła D., jako osobę mającą pełnić funkcję nadzoru technicznego przy realizacji zamówienia. Na potwierdzenie posiadanych kwalifikacji przedstawiono dokument pn. „Zatwierdzenie” Wyższego Urzędu Górniczego w Bytomiu, w którym organ nadzoru górniczego zatwierdził pana Pawła D. „w charakterze osoby wyższego dozoru ruchu specjalności powierzchniowej w podziemnych zakładach górniczych górnictwa węglowego”. Należy zauważyć, że Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 czerwca 2002 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych, mierniczego górniczego i geologa górniczego oraz wykazu stanowisk w ruchu zakładu górniczego, które wymagają szczególnych kwalifikacji (Dz.U. Nr 84, poz. 755 ze zm.), analogicznie jak uchylone rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 10 października 1994 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych oraz mierniczego górniczego i geologa górniczego (Dz. U. Nr 109, poz. 522 i z 1997 r. Nr 124, poz. 792), przewiduje w § 6 pkt 1 rodzaje specjalności technicznych dla osoby dozoru ruchu w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, odnoszących się do powierzchni tj. w specjalność mechaniczną - maszyn i urządzeń powierzchniowych, mechaniczną - transport kolejną na powierzchni. Wskazane specjalności techniczne nie stanowią katalogu zamkniętego wobec stwierdzenia na wstępie powołanego przepisu: „w szczególności dla następujących specjalności technicznych”. Jakkolwiek stwierdzenie na podstawie wskazanego wyżej „Zatwierdzenia”, czy dotyczy ono wszystkich rodzajów specjalności wymienionych w rozporządzeniu, w tym, czy obejmuje wprost „transport kolejną na powierzchni” podany w siwz nie jest możliwe, uzasadnione jest przyjęcie, że przedstawione w ofercie kwalifikacje są równoważne w rozumieniu przyjętym i dopuszczonym postanowieniami siwz.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego formy dokumentów i sposobu potwierdzenia ich zgodności z oryginałem dotyczących wykonawcy Phoenix Business Sp. z o.o. skład orzekający stwierdził, że uwierzytelnienie kopii dokumentów zostało dokonane, stosownie do treści R. XI pkt 3.3 siwz, przez wyżej wskazanego pełnomocnika będącego osobą uprawnioną do reprezentacji wykonawcy. Powyższy sposób potwierdzania kopii dokumentów nie uchybia przepisom § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Izba uznała ponadto, że zamawiający udostępniając dokumentację postępowania, w tym w pełnej wersji elektronicznej, na podstawie wniosku z 30.05.2011 r., w dniu 2.06.2011 r. nie naruszył zasady jawności postępowania i dostępu do informacji uregulowanej w art. 8 ust. 1 i



2 ustawy pzp oraz przepisów rozporządzenia wykonawczego do art. 96 ustawy pzp., a przekazanie żądanych dokumentów we wskazanym wyżej terminie może być uznane za dokonane niezwłocznie i nie ograniczyło prawa odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o czym świadczy także profesjonalna treść wniesionego odwołania.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniając jako uzasadniony koszt zamawiającego poniesiony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 pkt 2 b 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:** .....