

**WYROK**  
z dnia 9 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Protokolant: Mariusz Gontarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2016 r. przez **Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu** oraz **Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu oraz Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach do wykazania, że ich udział w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie tytułem wpisu od odwołania,**
  - 3.2. **zasądza od Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie na rzecz Przedsiębiorstwa Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 – Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „roboty budowlane wykonywane przez generalnego wykonawcę etapu I budowy szybu Grzegorz wraz z budową infrastruktury powierzchniowej dla Tauron Wydobycie S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 065-113803.

16 listopada 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w Lubinie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu oraz Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 4) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu przystępującego do uzupełnienia wskazanych dokumentów,

odwołujący wniósł 25 listopada 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy oraz doświadczenia,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie za ważną oferty przystępującego i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pomimo iż złożona przez przystępującego oferta zawiera nieprawdziwe informacje, które przyczyniły się do wyniku postępowania,

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie za ważną oferty przystępującego i zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania, pomimo iż KOPEX brał udział w przygotowaniu postępowania,
- 4) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub złożenia wyjaśnień w przypadkach wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru i oceny ofert,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) wykluczenia z postępowania przystępującego, względnie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SIWZ,
- 4) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo iż jeden z konsorcjantów przystępującego - KOPEX Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu - brał udział w przygotowaniu postępowania. Wywiódł, że KOPEX, jak wynika z dokumentacji postępowania (załączniki do SIWZ) jest jednym z autorów dokumentacji projektowej oraz kosztorysów inwestorskich. Dokumentację i kosztorys inwestorski przygotowywało konsorcjum firm KOPEX, Przedsiębiorstwo Inżynierskie Biprohut sp. z o.o., Biuro Studiów i Projektów Górniczych sp. z o.o. gdzie liderem konsorcjum był KOPEX. Argumentował, że oznacza to, że na długo przed ogłoszeniem postępowania KOPEX posiadał istotne informacje związane z planowanymi robotami budowlanymi. KOPEX miał istotną przewagę nad innymi oferentami składającymi ofertę w postępowaniu ponieważ uwzględnił w dokumentacji sprzęt i urządzenia, którymi posłuży się w trakcie wykonywania robót zgodnie ze sporządzoną przez siebie dokumentacją. Nadto, w przypadku uzyskania zamówienia nie będzie ponosił znacznych kosztów wykonania dokumentacji projektowej do realizacji zadania, ponieważ może realizować inwestycję na podstawie kompletnej dokumentacji wykonanej przez siebie a będącej załącznikiem do SIWZ. Pozostali oferenci, w tym odwołujący, posiadając inny rodzaj sprzętu do głębinienia szybu niż firma KOPEX zmuszeni są zgodnie z odpowiedziami zamawiającego dostosować projekt do posiadanego sprzętu, na własny koszt i ryzyko. Pociąga to za sobą konieczność zmiany lub nawet wykonania dokumentacji na nowo oraz uzyskania wszystkich wymaganych prawem pozwoleń, w szczególności zamiennego pozwolenia na budowę. W przypadku zastosowania sprzętu do głębinienia określonego w dokumentacji przetargowej odwołujący byłby zmuszony do zakupu nowych analogicznych urządzeń, wskazanych w udostępnionej dokumentacji który już jest w posiadaniu konkurenta, czyli firmy KOPEX, co przedkładałoby się na ponoszenie kosztów znacznie wyższych niż KOPEX. Tak więc KOPEX ma znaczącą przewagę nad pozostałymi

oferentami z uwagi na możliwość prowadzenia prac w oparciu o gotową i „skrojoną na miarę” dokumentację projektową oraz już uzyskane pozwolenie na budowę. Ponadto firma KOPEX dysponując gotową dokumentacją oraz pozwoleniem na budowę może przystąpić do realizacji prac znacznie wcześniej w stosunku do innych firm uczestniczących w przetargu. Odwołujący, jak i pozostali potencjalni wykonawcy, w przypadku realizacji zadania zmuszeni zostaną do zmiany udostępnionej dokumentacji oraz uzyskania lub zmiany wymaganych prawem pozwoleń, co powoduje wydłużenie okresu realizacji zadania o minimum 90 dni. Biorąc pod uwagę powyższe pozostali oferenci poza firmą KOPEX narażeni są na zastosowanie wobec nich przez zamawiającego bardzo wysokich kar zarówno z tytułu przekroczenia bardzo rygorystycznych terminów pośrednich jak i terminu końcowego realizacji zadania. Ze względu na powyższe, odwołujący był zmuszony uwzględnić wysokie ryzyko potencjalnych kar umownych w zaproponowanej cenie ryczałtowej, przez co oferta odwołującego była mniej konkurencyjna. Spowodowało to znaczącą przewagę KOPEX nad konkurencją.

Zdaniem odwołującego przewaga Kopex dotyczyła nie tylko kwestii technicznych, lecz również finansowych, a wynikających z opracowania dla zamawiającego kosztorysów. Kosztorysy inwestorskie załączone do SIWZ opiewały łącznie na kwotę 256.920.320,67 zł netto. W toku postępowania potencjalni oferenci zwracali zamawiającemu uwagę, że jest to kwota zbyt mała i nie obejmuje ona wielu zadań objętych projektem. W toku postępowania zamawiający uzupełniał kosztorysy o kwotę 317.625,00 zł oraz o 10.842.915,02 zł, do łącznej wysokości 268.080.860,69 zł. Ostatecznie przy otwarciu ofert zamawiający podał, że na realizację zadania zamierza przeznaczyć kwotę 256.920.000,00 zł netto. Kwota ta wyraźnie koresponduje z zawartością pierwotnych kosztorysów inwestorskich dostarczonych zamawiającemu przez KOPEX. Prowadzi to do wniosku, że KOPEX, jako jedyny spośród potencjalnych oferentów posiadał rzetelne informacje w przedmiocie tego, jaką kwotę zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Takie informacje dają przewagę w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia, ponieważ po pierwsze - dają pewność co do zmieszczenia się w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, znacznie ogranicza ryzyko unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Po drugie, wyznaczają oferentowi rzeczywistą górną granicę wartości zamówienia, zmuszając do poszukiwania większych oszczędności.

Odwołujący podkreślał, że pozostali oferenci swoje oferty przygotowali w realiach zwiększonych kosztorysów inwestorskich opiewających na łączną kwotę wyższą o około 12.000.000 zł. W ocenie odwołującego wiedza KOPEX w opisanym powyżej zakresie dawała mu wyraźną przewagę na pozostałymi oferentami i umożliwiła przedstawienie oferty najkorzystniejszej cenowo, mieszczącej się w kwocie jaką zamawiający planował przeznaczyć na realizację zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji odwołujący podniósł, że oferta przystępującego zawiera nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Podanie nieprawdziwych informacji dotyczy pozycji numer 2 z wykazu robót stanowiącego załącznik do oferty przystępującego. Chodzi o zamówienie na „Pogłębianie szybu „Janina VI” od gł. 523 m do gł. 820 m w obudowie ostatecznej” na zlecenie Południowego Koncernu Węglowego S.A. - obecnie TAURON Wydobywanie S.A. Z treści referencji, które zgodnie z pkt 3.2.1.2.2. SIWZ mają stanowić dowód, że „roboty wskazane w wykazie robót zostały wykonane należyście, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone” wynika, że KOPEX wykonał należyście, terminowo i zgodnie z warunkami zawartymi w umowie roboty budowlane o wartości 80.069.056,78 zł netto. Na przedmiot zamówienia składało się pięć etapów prac wyszczególnionych w treści referencji. Jednakże z informacji jakimi dysponuje odwołujący wynika, że treść referencji nie odpowiada rzeczywistości stanowi faktycznemu, a to dlatego, że roboty budowlane będące przedmiotem ww. umowy na dzień 18.08.2016 (data sporządzenia referencji) nie zostały zakończone i trwały one nadal w dacie składania ofert. Treść referencji nie odpowiada zatem rzeczywistości, co stanowi o tym, że zawarte w niej informacje są nieprawdziwe.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wywiódł, że w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przystępujący powołał się w poz. 1 wykazu robót na „Wykonanie rury szybowej oraz dwustronnego wlotu szybowego szybu 1 Bzie - zgłębienie 865,5 m szybu w obudowie ostatecznej” na rzecz JSW SA KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie”, ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój. Jako termin realizacji wskazano kilka terminów, lecz najpóźniejszy (i pogrubiony przez wykonawcę) to 31.03.2015 r., co zdaniem odwołującego należy poczytywać jako ostateczny termin realizacji prac. Wykonanie ww. robót odbywało się w oparciu o umowę nr 050900322 zawartą w 2009 r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie rury szybowej oraz dwustronnego wlotu szybowego szybu 1 Bzie w JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie”. Z wymagań zawartych w SIWZ do tego postępowania wynikało, że szyb miał być głębiony z powierzchni do głębokości 1164 m w czasie 48 miesięcy. Odwołujący podniósł, że w celu spełnienia wymogu z pkt 3.2.1.2.2. SIWZ KOPEX przedstawił referencje o znaku DR/RIN.ML.226-65/15 wystawione JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie”. Treść tych referencji nie odpowiada warunkom stawianym przez SIWZ, a mianowicie nie potwierdza, że „roboty wskazane w wykazie robót zostały wykonane należyście, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. W istocie, w rzeczonych referencjach brak jest jakiegokolwiek wzmianki o należywym wykonaniu umowy. Treść referencji potwierdza natomiast, że zgłębienie szybu nie zostało wykonane do głębokości ostatecznej oraz że roboty nie zostały zakończone w chwili wystawienia referencji. W ocenie odwołującego

referencje wystawione przez JSW S.A. KWK „Borynia- Zofiówka-Jastrzębie” nie pozwalają przyjąć, że te konkretne roboty mogą być zaliczone do doświadczenia przystępującego, a w każdym razie powinny one stanowić podstawę do podjęcia działań wyjaśniających przez zamawiającego.

Odwołujący wywiódł, że również w referencjach dotyczących poz. 5, 6 i 7 z wykazu wykonanych robót budowlanych brakuje wyraźnej informacji o należyтым wykonaniu prac, co jest ich koniecznym elementem. Argumentował, że dokumenty złożone przez przystępującego do poz. 5, 6 i 7 z wykazu wykonanych robót budowlanych nie potwierdzają należytego wykonania prac, a więc nie nadają się do celu jakiemu mają służyć referencje. Dla poz. nr 5 i 6 wykazu robót przystępujący przedstawił referencje wystawione przez Inowrocławskie Kopalnie Soli Solino S.A. z których nie wynika aby przedstawiony w nich zakres został zrealizowany w sposób należyty oraz brak jest wskazania czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zostały prawidłowo ukończone. Z przedstawionych dokumentów wynika jedynie fakt, iż podmiot użyczający swoich zasobów realizował takie zadania - jednak brak jest wykazania, że zostało ono zrealizowane w sposób prawidłowy i zgodny z umową. Dla poz. nr 7 wykazu robót przystępujący przedstawił dokument pn.: „Informacja” wystawiony przez Weatherford Poland sp. z o.o. Z treści przedmiotowego dokumentu wynika jedynie fakt, iż firma G-Drilling S.A. (podmiot udostępniający swoje zasoby) wspólnie z wystawcą rzeczonych informacji realizował 4 otwory pionowe wiercone. Z treści przedstawionego dokumentu „informacji” nie wynika fakt wykonania robót zgodnie z umową, w terminie czy też w sposób należyty. Natomiast dokument wskazuje jedynie, że jego wystawca we współpracy z podmiotem użyczającym swoje zasoby wykonał wspólnie 4 otwory. Powyższa informacja wskazuje jedynie, że zamówienie to realizowano na rzecz KGHM Polska Miedź S.A., z treści nie wiadomo czy G-Drilling S.A. w tym przypadku był podwykonawcą i w jakim zakresie brał udział w realizacji tego zamówienia. Dla poz. nr 9 wykazu robót wykonawca wskazuje na zamówienie które również znajduje się w trakcie realizacji. Fakt ten wynika zarówno z treści wykazu - termin realizacji (kol. 4) - do nadal - oraz z treści przedstawionej referencji.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że w celu wykazania, że spełniony został warunek wiedzy i doświadczenia określony w pkt 3.1.1.2.b) SIWZ, przystępujący oparł się w całości na doświadczeniu udostępnionym przez podmiot trzeci G-Drilling S.A. z siedzibą w Warszawie. Wskazywał, że na rynku głównym zakresem robót wiertniczych są wiercenia badawcze, poszukiwawcze i geologiczne. Tego rodzaju wiercenia nie wymagają wykonania ich z taką dokładnością i precyzją, jak wiercenia dla celów mrozeniowych określone w dokumentacji postępowania. W Polsce rzadko wykonywane są wiercenia techniczne o parametrach określonych przez zamawiającego w SIWZ, dotyczy to w szczególności wierceń otworów mrozeniowych dla budowy nowych szybów. Należy mieć

zatem świadomość, że doświadczenie wymagane przez zamawiającego w pkt 3.1.1.2.b) SIWZ jest w polskich warunkach unikalne i wysoce specjalistyczne. Odwołujący wywiódł, że zamawiający uznał za spełniającą warunki SIWZ ofertę przystępującego, w której żaden z konsorcjantów nie posiada doświadczenia w zakresie opisanych wyżej specjalistycznych i trudnych do wykonania prac, a zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia odnośnie do wykonania odwiertów jest na tyle ogólne, że nie daje pewności, że dany zasób zostanie udostępniony przystępującemu rzeczywiście, a nie jedynie pro forma, na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Argumentował, że w przypadku robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, które cechują się wysokim stopniem złożoności i skomplikowania, ogólnikowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów na potrzeby wykonania zamówienia nie stanowi dowodu na to, że przystępujący będzie tymi zasobami faktycznie dysponował, dopóki dopóty z jego treści nie wynika wyraźnie, że G-Drilling S.A. będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W końcowej części uzasadnienia odwołania odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w postaci pełnomocnictw dla osób, które podpisały w imieniu Banku BGŻ BNP Paribas S.A. informację o wysokości posiadanych środków finansowych i zdolności kredytowej spółki Famur Famak S.A. Podnosił, iż w celu wykazania spełnienia warunku wykonawca powinien przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy nie niższą niż równowartość 45 000 000,00 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W ocenie odwołującego złożona informacja z banku BGŻ BNP Paribas S.A. nie może stanowić dowodu powyższego, ponieważ obarczona jest ona wadą formalną polegającą na niewykazaniu, że osoby, które wydały w imieniu rzeczoną informację, miały do tego umocowanie. Odwołujący wskazał, że informacja została podpisana przez dwie osoby – S. P. oraz D. K. - pełnomocników. Zadaniem zamawiającego jest zatem zweryfikowanie, czy dane osoby faktycznie posiadały pełnomocnictwo banku BGŻ BNP Paribas S.A. oraz czy swoim zakresem obejmowało ono wydawanie w imieniu Banku informacji o sytuacji finansowej jego klientów. Z uwagi na to, że przystępujący nie złożył żadnych dokumentów na potwierdzenie powyższego, zamawiający powinien był wezwać go do uzupełnienia brakujących dokumentów lub informacji w trybie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi oraz w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.



Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu oraz Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach. Wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak również w trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, rozstrzygnięcie postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu oraz Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, względnie odrzucenia tej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy, którego

ofertę wybrano, względnie zaniechał odrzucenia tej oferty, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że skutkiem uwzględnienia odwołania będzie konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co miałyby świadczyć o braku po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwości poniesienia przez niego szkody będącej następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przywołany przez zamawiającego przepis ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Stwierdzono, że cena oferty odwołującego (329.849.100,00 zł brutto) jest rzeczywiście nieznacznie wyższa od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (316.011.600,00 zł). Izba wzięła jednak pod uwagę, że przywoływany przepis nie obliuguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty odwołującego.

Natomiast stanowisko zamawiającego, że kwota 316.011.600,00 zł wskazana w protokole postępowania jest maksymalną wartością, jaką może on przeznaczyć na to zadanie, która wyczerpuje możliwości zamawiającego pozostało gołosłowne. Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego wiarygodnego dowodu, z którego wynikałoby, iż nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołującego.

Zamawiający powoływał się na założenia projektu Planu Długoterminowego na lata 2016-2025 oraz projektu Wieloletniego Planu Inwestycyjnego przyjętych w spółce Tauron Wydobywanie S.A. Izba nie mogła odnieść się do tych dokumentów, gdyż ich nie złożono. Niezasadne było powoływanie się na pkt 2a załącznika nr 3 do projektu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia (załącznik nr 9 do SIWZ), zawierający „wytyczne do sporządzenia Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego”. Rzeczywiście z tego postanowienia wynikało, że łączna wartość faktur za realizację przedmiotu umowy w następujących latach nie przekroczy wartości wg następujących założeń:

- Rok 2017: 1 500 000,00 zł netto;
- Rok 2018: 51 000 000,00 zł netto;
- Rok 2019: 77 000 000,00 zł netto;
- Rok 2020: 83 000 000,00 zł netto.

Uszło jednak uwadze zamawiającego, że w tym samym załączniku w pkt 2g wskazano, że *dla pozostałych lat realizacji Przedmiotu Umowy, niewskazanych w ppkt [a] powyżej, Zamawiający nie stawia warunków finansowania Przedmiotu Umowy określonych w niniejszym pkt 2.* A zatem przywoływane postanowienia projektu umowy, nie dowodziły tezy zamawiającego.

Dalsze twierdzenia zamawiającego przedstawione na rozprawie o braku możliwości zwiększenia finansowania przez Tauron Polska Energia S.A nie zostały w żaden sposób rozwinięte. W szczególności nie wiadomo, czy a jeżeli tak to skąd wynika, że środki finansowe na ewentualne zwiększenie finansowania zamówienia muszą pochodzić wyłącznie od tego podmiotu. Ponadto twierdzenia zamawiającego o tym, że podmiot ten miałby odmówić dalszych nakładów pozostało gołosłowne, gdyż na ich poparcie nie przedstawiono żadnych dowodów.

W konsekwencji uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

### **1. Zarzut zaniechania czynności wykluczenia z udziału przystępującego z powodu brania przez Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu bezpośrednio udziału w przygotowaniu postępowania**

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *Roboty budowlane wykonywane przez Generalnego Wykonawcę Etapu I budowy szybu GRZEGORZ wraz z budową infrastruktury powierzchniowej dla TAURON Wydobyć S.A.*

Jak wynikało z załącznika nr 1 do wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) Zamawiający planuje zrealizować inwestycję obejmującą budowę szybu o funkcji wentylacyjno wdechowej, materiałowo-zjazdowej o nazwie „Grzegorz”. Budowa szybu „Grzegorz” realizowana będzie na terenie miasta Jaworzna na dz. 4067, zlokalizowanej na północ od autostrady A4, przebiegającej w bezpośrednim sąsiedztwie południowej granicy obszaru górniczego ZG Sobieski. Przedmiotowa nieruchomość objęta jest miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego pn. „Szyb Grzegorz–Byczyna”.

Dla zrealizowania pełnego zakresu planowanej inwestycji została sporządzona kompletna dokumentacja budowlano-wykonawcza i techniczna niezbędna dla zgłębienia, uzbrojenia i uruchomienia (tj. wydania pozwolenia na użytkowanie) szybu „Grzegorz” o ww.

funkcjonalności wraz z niezbędną infrastrukturą przynależną, gwarantującą założoną funkcjonalność Obiektu.

Inwestycja realizowana będzie w trzech etapach:

Etap I – uzyskanie funkcjonalności wentylacyjnej – wdechowej, podzielony na fazy I i II,

Etap II - uzyskanie funkcjonalności materiałowo – zjazdowej,

Etap III – docelowe zagospodarowanie placu szybowego.

Przedmiot zamówienia w tej sprawie obejmuje dokonanie wyboru wykonawcy dla realizacji wyłącznie etapu I (faza I i II).

Zamawiający wskazał także, że *posiada dokumentację budowlano-wykonawczą i techniczną wraz ze stosownymi pozwoleniami i decyzjami administracyjnymi, przeznaczoną do realizacji inwestycji pn.: „Budowa szybu Grzegorz wraz z budową infrastruktury powierzchniowej”*. Wskazał także, że *część wskazanej powyżej dokumentacji, w zakresie realizacji Etapu I inwestycji, została udostępniona Wykonawcy jako Załącznik nr 10 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz inkorporowana do Umowy jako Załącznik nr 2 do Umowy - Dokumentacja. Dokumentacja w tym zakresie wraz z pozostałymi dokumentami wchodzącymi w skład Umowy stanowią szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Etapu I*.

Dokumentacja projektowa została wykonana przez konsorcjum w skład którego wchodził: Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu, Przedsiębiorstwo inżynierskie Biprohut sp. z o.o., Biuro Studiów i Projektów Górniczych sp. z o.o. (załącznik nr 10 do SIWZ).

Zgodnie z § 5a ust. 4 wzoru umowy (zał. nr 9 do SIWZ), *Wykonawca jest uprawniony do wprowadzania zmian do Dokumentacji określonej w Załączniku nr [2] do Umowy na zasadach określonych w Załączniku nr [2a] do Umowy. Zmiany takie nie będą stanowić zmiany Umowy. Wykonawca, w przypadku skorzystania z możliwości opcjonalnych zmian w realizacji Przedmiotu Umowy, o której mowa w Załączniku nr [2a] do Umowy, w ramach Przedmiotu Umowy i wynagrodzenia określonego w Umowie dokona wszelkich niezbędnych zmian w Dokumentacji oraz sporządzi wszelką dodatkową dokumentację projektową w zakresie dopuszczalnym na zasadach określonych w Załączniku nr [2a] do Umowy (dalej jako „Dokumentacja Projektowa Wykonawcy”)*.

Jak wynika z załącznika nr 2a do wzoru umowy, *Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania przez Wykonawcę, w trakcie realizacji zadania, zmian w stosunku do dostarczonej przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji budowlanej, technicznej i technologicznej dla realizacji Etapu I zadania*.

*Zmiany mogą dotyczyć wyłącznie zastosowania przez Wykonawcę innych maszyn i urządzeń technologicznych, niż podane przykładowo w przekazanej Wykonawcy dokumentacji*.

*Zamawiający wymaga, aby zastosowane przez Wykonawcę maszyny i urządzenia posiadały parametry techniczne analogiczne lub wyższe niż zaproponowane w przekazanej dokumentacji.*

*W przypadku, gdy zastosowane przez Wykonawcę maszyny i urządzenia będą wymagały dokonania zmian w przekazanej dokumentacji, Wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt zmodyfikuje przynależną dokumentację na zasadach określonych w Umowie.*

*W przypadku, gdy zastosowanie przez Wykonawcę maszyn i urządzeń innych niż Zamawiający przewidział w przekazanej dokumentacji, będzie wymagało dokonania zmian w wydanych decyzjach administracyjnych i pozwoleniach budowlanych lub uzyskanie nowych decyzji administracyjnych i pozwoleń budowlanych, Wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt uzyska wszystkie niezbędne decyzje administracyjne i pozwolenia budowlane niezbędnie do realizacji przez niego Etapu I zadania na zasadach określonych w Umowie.*

*Wystąpienie Wykonawcy do właściwych organów administracji państwowej lub nadzoru górniczego o dokonanie zmian w wydanych decyzjach administracyjnych i pozwoleniach budowlanych lub o wydanie nowych decyzji administracyjnych i pozwoleń budowlanych, nie zwalnia Wykonawcy z dotrzymania ostatecznego terminu realizacji zadania określonego w Umowie.*

Zgodnie z pkt 2.7 SIWZ termin realizacji zamówienia określono jako 60 miesięcy od protokolarnego przekazania terenu robót. Zamawiający przekaze teren robót w 4 kwartale 2017 r., z tym że:

- rozpoczęcie głębnienia szybu metodą górniczą nastąpi do 18 miesiąca od daty protokolarnego przekazania terenu robót,
- zgłębnienie szybu d poziomu 540 m nastąpi do 34 miesiąca od daty protokolarnego przekazania przez zamawiającego terenu robót (§ 1 ust. 7 wzoru umowy, załącznik nr 9 do SIWZ).

W pkt 7.4.4. SIWZ zamawiający wskazał, że dokumentacja projektowa dla etapu II nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Jednak zamawiający na wniosek wykonawcy udostępni ją w swej siedzibie lub w formie elektronicznej.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 kwietnia 2016 r. 2016/S 065-113803 (pkt 5 protokołu postępowania).

Termin składania ofert wyznaczono na 30 września 2016 r. g. 10.00 (pkt 7 protokołu postępowania).

Do upływu terminu składania ofert ofertę złożyli: odwołujący z ceną brutto 329.849.100,00 zł oraz konsorcjum Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w

Bytomiu i Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach z ceną brutto 280.277.067,55 zł (pkt 9 protokołu postępowania).

Zarzuty okazały się zasadne.

Nie było sporne pomiędzy storami, że Kopex Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu wspólnie z dwoma innymi spółkonsorcjantami wykonał dokumentację projektową stanowiącą opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Nie ulegało także wątpliwości, że ten sam wykonawca, wspólnie z Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach, złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane w oparciu o tę dokumentację.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, jakoby Kopex miał nie brać bezpośrednio udziału w przygotowaniu postępowania. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wywiódł, że w celu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, przy wykorzystaniu swoich wewnętrznych zasobów kadrowych wraz z zewnętrznym doradcą technicznym, tj. spółką Energoprojekt - Katowice S.A. dokonał wydzielenia z całości przygotowanej przez ww. konsorcjum dokumentacji tylko tej części, która miała być niezbędna do przygotowania i przeprowadzenia postępowania.

Okoliczność, że z uwagi na ograniczenia finansowania lub inne względy organizacyjne, zamawiający zdecydował się na realizację tylko pierwszych etapów inwestycji i w tym celu z dokumentacji projektowej przygotowanej dla całości inwestycji wyodrębnił część, która stanowiła opis przedmiotu zamówienia, nie oznaczała jeszcze, że Kopex nie brał bezpośrednio udziału w przygotowaniu postępowania. W dalszym ciągu bowiem roboty budowlane miały zostać wykonane w oparciu o dokumentację sporządzoną przez konsorcjum z jego udziałem. Dostrzeżenia wymagało wszak, że w skład opisu przedmiotu zamówienia nie wchodziła dokumentacja projektowana wykonana przez inne podmioty, aniżeli konsorcjum z udziałem Kopex.

Nie zmienia tej sytuacji stanowisko zamawiającego, jakoby w ramach konsorcjum odpowiadającego za dokumentację projektową, Kopex miał odpowiadać tylko za niektóre części tej dokumentacji. Po pierwsze stanowisko to pozostało gołosłowne, po drugie zaś, okoliczność, że jeden ze spółkonsorcjantów nie odpowiadał za daną część dokumentacji nie oznaczała jeszcze, że nie mógł wpływać na jej kształt w ramach konsorcjum. Nie ulegało zaś wątpliwości, że wykonanie dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia jest z pewnością czynnością z zakresu przygotowania postępowaniu i to czynnością najistotniejszą.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE zwraca się uwagę, że sytuacja, w której jeden z wykonawców który przygotował dokumentację przetargową następnie bierze udział

w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane na jej podstawie, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

*Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej „osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze”) niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że - jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich – będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziła do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie).*

W tym samym wyroku Trybunał wskazał także, że automatyczna konieczność wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy nie pozostawia osobie wykonującej niektóre prace przygotowawcze żadnej możliwości wykazania, że w jej szczególnym przypadku nie zaistniały problemy, o których mowa wyżej. Wskazał zatem, że należy umożliwić takiemu wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, (...), chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.* Z przepisu tego wynika zatem obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który brał bezpośrednio udział w przygotowaniu postępowania. Z obowiązku tego zamawiający jest zwolniony dopiero wtedy, gdy wystąpi przesłanka negatywna, zgodnie z którą udział takiego wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Zamawiający, który ustali, że ofertę złożył mu wykonawca, który brał bezpośrednio udział w przygotowaniu postępowania, nie może pozostawać bierny, gdyż jest uprawniony do rezygnacji z obowiązku wykluczenia tylko wtedy, gdy ustali, że taka sytuacja nie utrudnia

uczciwej konkurencji. To zamawiający zobowiązany jest poczynić ustalenia, co do istnienia przesłanki negatywnej.

Powyższe znajduje przełożenie na rozkład ciężaru dowodu w analizowanej sprawie, w której zamawiający nie zdecydował się na wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który brał udział bezpośrednio w przygotowaniu postępowania, co kwestionował odwołujący. W takiej sytuacji zamawiający powinien w toku procesu umieć udowodnić, w jaki sposób działania podjęte przez takiego wykonawcę i/lub samego zamawiającego doprowadziły do tego, że pomimo, iż jeden z wykonawców przygotowywał dokumenty przetargowe, to jednak reguły równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu zostały zachowane. Izba nie znalazła podstaw do zanegowania twierdzeń zamawiającego, że kształt projektu miał charakter specjalistyczny. Nie neguje także tego, że projekt wymagał przyjęcia pewnych założeń odnośnie sprzętu i urządzeń, jednakże taki charakter projektu nie oznacza jeszcze, że nie został sporządzony w sposób, który faworyzuje przystępującego.

Izba stwierdziła, że na moment wyrokowania nie zostało jednoznacznie dowiedzione, aby udział przystępującego w postępowaniu nie utrudniał uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby dalszych ustaleń wymaga kwestia wskazana przez odwołującego w odwołaniu i doprecyzowana na rozprawie a mianowicie fakt, że w treści dokumentacji projektowej projektant przewidział wykorzystanie 4 sztuk wciągarek wolnobieżnych 45t (duże) oraz większej liczby wciągarek mniejszych. Powyższe wynikało z następujących części dokumentacji projektowej: *projekt techniczny wraz z technologią demontażu urządzeń na powierzchni wykorzystywanych do głębenia szybu nr SG6-BP-M-0001-OP-001-R0* wraz z rysunkiem nr SG4-BP-W-0103-SC-001-R0, a także z dokumentu *Technologia demontażu; budowa szybu Grzegorz wraz z budową infrastruktury powierzchniowej – projekt techniczny wraz z technologią demontażu urządzeń na powierzchni wykorzystywanych do głębenia szybu*.

Stwierdzono, że zamawiający nie przeprowadził żadnych ustaleń, czy taki kształt projektu sporządzonego przez członka konsorcjum przystępującego nie faworyzuje tego wykonawcy i nie został wprowadzony do dokumentacji celem łatwiejszego dostępu do zamówienia. Powyższe jest o tyle istotne, że jak wskazano w przywoływanym orzeczeniu TS UE że wywarcie wpływu na projekt w sposób korzystny dla jego autora może być wynikiem także zachowań niezamierzonych.

Izba stwierdziła, że dopuszczona przez zamawiającego w §5a i załączniku nr 2a do wzoru umowy możliwość przeprojektowania w tym zakresie i zastosowania innych urządzeń nie usuwa zagrożenia naruszenia uczciwej konkurencji, gdyż jak słusznie wskazywał odwołujący owo przeprojektowanie wiąże się z dodatkowymi kosztami, których ewentualnie może nie ponosić przystępujący z tego powodu, że opracował taki a nie inny projekt.



W tym zakresie zamawiający powinien wezwać przystępującego do udowodnienia, że z uwagi na taki a nie inny kształt projektu składając ofertę nie znajdował się w korzystniejszej sytuacji do odwołującego, który oświadczył w toku rozprawy, że chce wykonać przedmiot zamówienia w ten sposób, że – po zmianie projektu – wykorzysta większą liczbę wciągarek wolnobieżnych 45 t i mniejszą liczbę wciągarek o mniejszym udźwigu, co jednak będzie wymagać przeprojektowania i wiążących się z tym kosztów. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że zamiana takich urządzeń oznaczać będzie wykonanie innych fundamentów wież. Zastosowanie innych wciągarek wymagać będzie przeprojektowania płyt fundamentowych i dostosowania ich do zwiększonego udźwigu ciężaru. Powyższe prowadzi do przeprojektowania robót, w zakresie wykonania tych fundamentów i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, co jest warunkiem rozpoczęcia robót.

Czyniąc ustalenia w tym zakresie zamawiający powinien wezwać przystępującego do udowodnienia, w jaki sposób zamierza wykonać wskazaną wyżej część robót, a także czy a jeżeli tak to kiedy nabył prawo do dysponowania wymaganą liczbą i rodzajem wciągarek, w szczególności czy prawami takimi dysponował w momencie sporządzania dokumentacji projektowej. Z odpowiedzi na odwołanie (s. 7) wynika bowiem jednoznacznie, że zamawiający w ogóle nie wie, w jaki sposób przystępujący zamierza wykonać tę część robót, a zatem nie wie, czy projekt nie został przygotowany z korzyścią dla przystępującego.

Prowadząc ustalenia zamawiający może uwzględnić także ewentualne dowody, które prowadziłyby do ustaleń, że pozyskanie większej liczby wciągarek mniejszych było dostępne dla wszystkich wykonawców lub nie pociągało za sobą większych problemów i nakładów. Stanowisko zamawiającego jakoby podmioty Elektometal S.A. w Cieszynie, PPG Row-Jas sp. z o.o z Jastrzębia Zdroju i Gurrem sp.j. w Katowicach, umożliwiały wydierżawienie tych urządzeń pozostało gołosłowne i nie zostało poparte żadnym dowodem. Analogicznie gołosłowne pozostało stanowisko przystępującego, jakoby w przypadku wciągarek mniejszych na rynku polskim istniały co najmniej 4 firmy sprzedające takie urządzenia, a w Czechach i na Słowacji istniały podmioty udostępniające takie maszyny.

W ocenie Izby do usunięcia ewentualnego zniekształcenia konkurencji wynikającego z omawianego kształtu projektu nie są w pełni wystarczające wskazywane przez zamawiającego sposoby, które miały służyć do zapewnienia konkurencyjności postępowania:

- a) wydłużenie terminu składania ofert do 6 miesięcy,
- b) udostępnienie całości dokumentacji projektowej wszystkim wykonawcom dla całości inwestycji a nie tylko dla etapu, który ma być przedmiotem zamówienia,
- c) wydłużenie terminów realizacji zamówienia oraz poszczególnych etapów.

Środki z pkt a-c usunęły przewagę przystępującego wynikającą z wcześniejszego zapoznania się z projektem, ale nie ewentualną przewagę wynikającą z takiego a nie innego kształtu tego projektu w obszarze liczby i rodzaju wymaganych wciągarek.

Natomiast należało przyznać rację zamawiającemu, że przez udostępnienie na stronie internetowej kosztorysów inwestorskich i wydłużenie terminu składania ofert została zniwelowana przewaga przystępującego wynikająca z wcześniejszej znajomości wartości szacunkowej zamówienia. Przyznać należało również rację zamawiającemu, że także terminy wykonania robót i poszczególnych etapów, były nad wyraz długie, jak również nie kwestionowane przez odwołującego.

Izba nie przychyliła się jednak do żądania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu uznając to żądanie za przedwczesne. Dostrzeżenia wymaga, że Izba nie jest związana żądaniami odwołania, a jedynie zarzutami, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Jak wynika z przywołanego orzeczenia TS UE w sprawie Fabricom niedopuszczalne jest automatyczne wykluczenie wykonawcy, który bezpośrednio brał udział w przygotowaniu postępowania, bez umożliwienia mu wykazania, że jego udział nie naruszy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zaniechanie przez zamawiającego umożliwienia przystępującemu udowodnienia tego faktu nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla przystępującego.

## **2. Zarzuty dotyczące zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu złożenia przez niego nieprawdziwych informacji**

Ustalono, że zamawiający w pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonali zgłębienie lub pogłębienie co najmniej jednego szybu górniczego z powierzchni (...) do głębokości ostatecznej, przy czym na potrzeby oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zgłębienie zamawiający rozumie wykonanie rury szybowej w obudowie ostatecznej do głębokości ostatecznej co najmniej 200 m, a przez pogłębienie szybu górniczego zamawiający rozumie przedłużenie rury szybowej w obudowie ostatecznej o długość co najmniej 200 m.

Celem potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na doświadczenie w wykonaniu pogłębienia szybu Janina VI od głębokości 523 m do głębokości 820 m w obudowie ostatecznej o wartości 98.484.939,84 zł, w okresie od 1.08.2013 r. do 31.07.2016 r. na rzecz Tauron Wydobyćcie S.A.

Do wykazu przystępujący załączył referencje z 18 sierpnia 2016 r. wystawione przez Tauron Wydobyćcie S.A. W referencjach tych wskazano, że Kopex Przedsiębiorstwo Budowy

Szybów w ramach realizacji umowy nr 13X4625 z 28 sierpnia 2013 r. zrealizował w terminie od sierpnia 2013 r. do lipca 2016 r. zakres robót, który obejmuje:

Etap I (...)

Etap II (...),

Etap III (...),

Etap IV (...), pogłębienie szybu Janina VI w tym:

1. Wykonanie rury szybowej od głębokości 523 m do głębokości 820 m,
2. (...)

Etap V zabudowa zbrojenia i wyposażenia szybu Janina VI (...).

Powyższy zakres robót o łącznej wartości 80.069.056,78 zł brutto zrealizowany został w okresie od sierpnia 2013 r. do lipca 2016 r.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie kopię umowy, z której wynika, że w dniu 02.09.2013 r. zawarł z KOPEX -Przedsiębiorstwem Budowy Szybów S.A. umowę nr 13X4625 na „Pogłębienie szybu „Janina VI” z wykonaniem dwustronnego wlotu szybowego i zabudową infrastruktury w Południowym Koncernie Węglowym S.A. - Zakład Górniczy Janina w Libiążu”. Zgodnie z §1 ust. 1 ww. umowy jej przedmiotem było pogłębienie szybu „Janina VI” z wykonaniem dwustronnego wlotu szybowego na poziomie 800 i zabudowa infrastruktury w szybie oraz wykonanie innych niezbędnych robót w celu wykonania zamówienia. Przedmiot umowy miał być realizowany w sześciu etapach, opisanych w §1 ust. 2 umowy. Jednym z etapów było pogłębienie szybu „Janina VI” (etap IV - §2 ust. 2 pkt 4) umowy). Potwierdzeniem prawidłowego wykonania robót w ramach danego etapu było między innymi przeprowadzenie odbioru końcowego tego etapu oraz wystawienie protokołu odbioru końcowego (§3 ust. 7 w zw. z §3 ust. 13 umowy). Z protokołu z komisijnego odbioru końcowego robót obejmujących zakres prac etapu IV „Pogłębienie szybu Janina VI” wynika, że etap ten został odebrany przed datą wystawienia dokumentu referencyjnego.

Zarzuty okazały się chybione.

Rzeczywiście umowa z 02.09.2013 r., jaką zamawiający zawarł z KOPEX - Przedsiębiorstwem Budowy Szybów S.A. nr 13X4625 na „pogłębienie szybu „Janina VI” z wykonaniem dwustronnego wlotu szybowego i zabudową infrastruktury w Południowym Koncernie Węglowym S.A. - Zakład Górniczy Janina w Libiążu” nie została wykonana w całości na dzień wystawienia referencji (tj. 18 sierpnia 2016 r.). Powyższe nie oznaczało jednak, że treść dokumentu referencyjnego zawierała nieprawdziwe informacje. W referencjach tych nie było bowiem mowy o wykonaniu całości inwestycji, lecz pięciu etapów.

Wzięto pod uwagę, że doświadczeniem, na jakie powoływał się przystępujący w celu wykazania warunku w pozycji 2 wykazu robót, było pogłębienie szybu Janina VI od gł. 523 m do gł. 820 m w obudowie ostatecznej. Tymczasem roboty budowlane polegające na pogłębieniu szybu „Janina VI” należały do etapu IV, co wynikało zarówno z samych referencji jak i §2 ust. 2 pkt 4) umowy. Roboty te zaś na moment wystawienia referencji były wykonane, co wynikało z samych referencji, jak i protokołu odbioru robót z 13 maja 2016 r. Okoliczność, że roboty, które odpowiadały treści warunku zostały wykonane i odebrane w wyniku realizacji szerszej inwestycji, nie miało zaś żadnego znaczenia. Biorąc powyższe pod uwagę, zarzuty uznano za chybione.

### **3. Zarzuty dotyczące oceny spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanych w pkt 3.1.1.2 lit. a i b SIWZ**

Ustalono, że zamawiający w pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonali zgłębienie lub pogłębienie co najmniej jednego szybu górniczego z powierzchni (...) do głębokości ostatecznej, przy czym na potrzeby oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zgłębienie zamawiający rozumie wykonanie rury szybowej w obudowie ostatecznej do głębokości ostatecznej co najmniej 200 m, a przez pogłębienie szybu górniczego zamawiający rozumie przedłużenie rury szybowej w obudowie ostatecznej o długość co najmniej 200 m.

Z kolei w pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ (zmodyfikowanym dnia 6 lipca 2016 r.) zamawiający dodatkowo wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonali co najmniej 10 sztuk odwiertów o długości co najmniej 485 m każdy, z odchyłką pionowości nie większą niż 0,5 m każdy.

W pkt 3.2.1.1 SIWZ zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy złożyć:

- a) wykaz wykonanych robót budowlanych, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania (...),
- b) dowody potwierdzające, że roboty wskazane w wykazie robót zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Celem potwierdzenia tak opisanych warunków udziału w postępowaniu przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym wymienił następujące roboty:

- 1) wykonanie rury szybowej oraz dwustronnego wlotu szybowego szybu 1 Bzie – zgłębienie 865,5 m szybu w obudowie ostatecznej na rzecz JSW S.A.,
- 2) pogłębienie szybu Janina VI od gł. 523 m do gł. 820 m w obudowie ostatecznej na rzecz Tauron Wydobycie S.A.,
- 3) otwory mrozeniowe 18 szt. o dł. 700 m, otwory kontrolno – pomiarowe 3 szt. o dł. 700 m, otwory mrozeniowo – badawcze 2 szt. o dł. 750 m, otwór mrozeniowo odwadniający 1 szt. o dł. 1318 m na rzecz Przedsiębiorstwa Budowy Kopalń S.A. w Lubinie,
- 4) otwór badawczy Celejów GT-1 o gł. 3 503 m, na rzecz Termy Celejów sp. z o.o.,
- 5) 3 otwory badawczo-eksploatacyjne M-32, M-25, M-29 na rzecz Inowrocławskich Kopalni Soli Solino S.A.,
- 6) 2 otwory eksploatacyjne G-36, G-40 na rzecz Inowrocławskich Kopalni Soli Solino S.A.,
- 7) 3 otwory TK-2, TK-3, Tk-4 na rzecz Weatherford Poland sp. z o.o.,
- 8) otwór badawczo-eksploatacyjny Konin GT-1 na rzecz Geotermia Konin sp. z o.o.,
- 9) otwór GT-3 na rzecz Geotermia Stargard Szczeciński.

Odnośnie robót z poz. 1 wykazu przystępujący złożył referencje wystawione JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie”, z których wynika, że „Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. (...) zaświadcza, że Firma KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. realizuje III etap umowy (...) Wartość dotychczas wykonywanych prac w ramach umowy i jej aneksów wyniosła (...) ...”

Odnośnie robót z poz. 2 wykazu przystępujący złożył referencje, opisane przy poprzednim zarzucie.

Odnośnie robót z poz. 3 przystępujący złożył referencje wystawione przez odwołującego, potwierdzające należyte wykonanie prac wymienionych w pozycji 3 wykazu. Odnośnie robót wymienionych w pozycji 3 wykazu ustalono także, że Zamawiający w dniu 27 października 2016 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy odchyłka pionowości co najmniej 8 z otworów wymienionych pod pozycją 3 Wykazu wykonanych robót budowlanych w interwale do głębokości 485 m była nie większa niż 0,5 m. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący w dniu 10 listopada 2016 r. złożyło stosowne wyjaśnienia, z których wynikało, że odchyłka pionowości co najmniej 8 z wymienionych pod pozycją nr 3 wykazu robót otworów w interwale do głębokości 485 m nie przekroczyła 0,5 m.

Odnośnie robót z pozycji 4 przystępujący złożył referencje wystawione przez Termy Celejów potwierdzające, że G-Drilling wykonał otwór GT-1, zaś prace wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Odnośnie robót z pozycji 5 wykazu złożono referencje wystawione przez Inowrocławskie Kopalnie Soli Solino S.A., z których wynika, że G-Drilling S.A. wykonał 3 otwory badawczo-rozwojowe.

Odnośnie robót z pozycji 6 wykazu złożono referencje wystawione przez Inowrocławskie Kopalnie Soli Solino S.A., z których wynika, że G-Drilling S.A. wykonał 2 otwory eksploatacyjne.

Odnośnie robót z pozycji 7 wykazu złożono referencje wystawione przez Weatherford Poland sp. z o.o., z których wynika, że ich wystawca wspólnie z G-Drilling S.A. wykonał 4 otwory pionowe wiercone wraz z kontrolą pionowości.

Odnośnie robót z pozycji 8 wykazu złożono referencje wystawione przez Geotermia Konin sp. z o.o., z których wynika, że G-Drilling S.A. wykonał otwór badawczo-rozwojowy Konin GT-1, oraz że prace wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej osiągając założenia projektowe i osiągając dobry wynik końcowy.

Odnośnie robót z pozycji 9 wykazu złożono referencje wystawione przez Geotermia Stargard Szczeciński, z których wynika, że G-Drilling S.A. realizuje prace związane z wierceniem otworu chłonnego Stargard Gt-3.

Do wykazu załączono także zobowiązanie G-Drilling S.A. z 28.09.2016 r., w którym zobowiązuje się oddać Kopex PBS S.A. do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji umowy. W zobowiązaniu wskazano, że udostępniany jest zasób wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania otworów pierścienia mrozeniowego dla głębienia szybu. Udostępniający zobowiązuje się do czynnego udziału w realizacji zamówienia, w szczególności do udostępniania know-how, doradztwa technicznego i organizacyjnego, udostępnienia potencjału ludzkiego i sprzętowego. W zobowiązaniu wskazano także, że szczegóły dotyczące współpracy pomiędzy udostępniającym a wykonawcą zostaną określone w umowie o podwykonawstwo.

Zarzuty uznano za bezzasadne.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, opisanego w pkt II odwołania, należało w pierwszej kolejności podnieść, że okoliczności faktyczne przywoływane przez odwołującego mogły co najwyżej skutkować koniecznością wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w powodu niewykazania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a nie odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na który odwołujący powołał się odwołaniu obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Sprzeczność, o której mowa w tym przepisie odnosi się do strony przedmiotowej oferty, a więc niezgodności świadczenia oferowanego przez wykonawcę (w tym przypadku oferowanych robót budowlanych) z wymaganiami przedmiotowymi określonymi w SIWZ (w tym przypadku z wymaganiami odnoszącymi się do zamawianych robót budowlanych).

Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do oceny strony podmiotowej zamówienia, w tym warunków podmiotowych, jakie musi spełniać wykonawca, aby starać się o uzyskanie zamówienia. Tymczasem wszystkie zarzuty, jakie odwołujący sformułował w pkt II odwołania, dotyczyły dokonanej przez zamawiającego oceny spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odnosząc się natomiast do podstaw faktycznych zarzutów Izba stwierdziła, że rzeczywiście robota wymieniona przez przystępującego w pozycji 1 wykazu robót, (wykonanie rury szybowej oraz dwustronnego wlotu szybowego szybu 1 Bzie – zgłębienie 865,5 m szybu w obudowie ostatecznej na rzecz JSW S.A.) nie została ukończona do upływu terminu składania ofert i nie można było się na nią powoływać, celem wykazania warunku z pkt 3.1.1.2 lit. a SIWZ. Zgodnie bowiem z tym warunkiem, można było powoływać się jedynie na roboty już wykonane, gdyż w warunku była mowa o „wykonaniu” pogłębienia lub zgłębienia szybu. Przystępujący przyznał w toku rozprawy, że omawiane roboty nie zostały ukończone przed upływem terminu składania ofert. Oświadczył, że wymienił tę robotę w wykazie, gdyż zakładał, że przed terminem składania ofert osiągnie wymaganą głębokość, co się jednak nie udało. Natomiast zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że roboty tej nie brał pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wzięto jednak pod uwagę, że dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 3.1.1.2. lit. a SIWZ wystarczające było wykazanie przez przystępującego doświadczenia w wykonaniu roboty wymienionej w pozycji 2 wykazu robót (pogłębienie szybu Janina VI od gł. 523 m do gł. 820 m w obudowie ostatecznej na rzecz Tauron Wydobycie S.A.). Zarzuty odwołującego odnośnie prawidłowości tego doświadczenia okazały się niezasadne, co omówiono wcześniej. W tej sytuacji uznano, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 3.1.1.2 lit.a SIWZ.

W dalszej części odwołania odwołujący zakwestionował możliwość zaliczenia na poczet warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.2. lit. b SIWZ, robót z pozycji 5, 6, 7, 9 wykazu robót. W pkt 3.1.1.2 lit. b SIWZ (zmodyfikowanym dnia 6 lipca 2016 r.) zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonali co najmniej 10 sztuk odwiertów o długości co najmniej 485 m każdy, z odchyłką pionowości nie większą niż 0,5 m każdy.

Jak wynikało z odwołania, odwołujący nie zakwestionował możliwości zaliczenia na poczet ww. warunku udziału w postępowaniu, robót wymienionych w wierszach 3, 4, 8 wykazu. Tymczasem dla wykazania warunku z podpunktu b wystarczające jest uwzględnienie robót z pozycji 3, 4 oraz 8 wykazu. Co do pozycji 4 i 8 wykazu robót wszystkie elementy istotne warunku wynikały z dokumentów dołączonych do oferty. W zakresie tych

zadań przystępujący wykazał doświadczenie w wykonaniu należycie łącznie dwóch otworów. Natomiast co do pozycji 3 wykazu robót zamawiającemu brakowało jedynie informacji co do odchyłki pionowości. Z tego powodu zamawiający 27 października 2016 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do tego, czy co najmniej 8 otworów zostało wykonanych w sposób określony w warunku. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący wyjaśnił i udowodnił, że w przypadku 10 otworów odchyłka pionowości spełniała postawiony wymóg, co wynikało z raportów odwiertów załączonych do wyjaśnień.

Zatem uwzględnienie doświadczenia, którego odwołujący w ogóle nie kwestionował, było wystarczające dla wykazania warunku udziału w postępowaniu, co czyniło zbędnym czynienie rozważań w przedmiocie robót opisanych w odwołaniu.

Odnośnie zarzutów dotyczących braku realności udostępnienia przystępującemu zasobu wiedzy i doświadczenia przez firmę G-Drilling S.A., stwierdzono, że zarzuty te nie są zasadne. Po przeprowadzeniu analizy treści oferty przystępującego, w tym załączonego do niej zobowiązania firmy G-Drilling S.A., nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby z dokumentów tych miał nie wynikać udział G-Drilling S.A. w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W treści tego zobowiązania, w części opisującej charakter stosunku prawnego, jaki będzie łączyć przystępującego z tym podmiotem jednoznacznie wskazano, że szczegóły dotyczące współpracy obu firm zostaną określone w umowie o podwykonawstwo. Natomiast jeśli chodzi o zakres podwykonawstwa to wskazano, że obejmować ono będzie roboty budowlane w zakresie wykonania otworów pierścienia mroźeniowego do głębinienia szybu. Wreszcie, z wcześniejszej części zobowiązania wynikało, że udostępniający zobowiązuje się do czynnego udziału w realizacji zamówienia, a także udostępnienia ludzi i sprzętu. Z treścią zobowiązania korespondowała treść oferty przystępującego, w której określono zakres podwykonawstwa. W załączniku nr 6 do oferty przystępujący deklarując którą z części zamówienia zamierza wykonać przy udziale podwykonawców, wskazał na prace o charakterze wiertniczym.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia firmy G-Drilling S.A. miało charakter realny, przybierając postać podwykonawstwa.

#### **4. Zarzuty dotyczące zaniechania wezwania przystępującego do uzupełniania dokumentów na potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie finansowym**

Ustalono, że zamawiający w pkt 3.1.1.4.1 SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie niższą niż równowartość 45.000.000 zł.



Zgodnie z pkt 3.2.1.4.2 SIWZ w celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć informację banku lub skok potwierdzającą wysokość środków 5. finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy nie niższą niż równowartość 45.000.000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu przystępujący złożył wraz z ofertą informację z banku BGŻ BNP Paribas S.A. z 19 września 2016 r. o wysokości środków finansowych podpisaną przez S. P. – pełnomocnika oraz D. K. – pełnomocnika (s. 77 w ofercie przystępującego).

Zarzuty nie są zasadne.

Przystępujący celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu o charakterze finansowym (pkt 3.1.1.4.1 SIWZ) złożył informację z banku BGZ BNP Paribas S.A., w której ujawnił wysokość środków finansowych, jakie posiada podmiot udostępniający te środki przystępującemu. Odwołujący zakwestionował w odwołaniu ww. dokument jedynie pod względem formalnym. Wskazał, że informację podpisał pan S. P. oraz pani D. K., działający jako pełnomocnicy. Wywodził, że przystępujący nie złożył pełnomocnictw dla ww. osób.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek wykazać spełnianie warunków udziałów w postępowaniu jedynie w zakresie i na żądanie zamawiającego. Wzięto pod uwagę, że zamawiający określając w pkt 3.2.1.4.2 SIWZ, jakie dokumenty należy złożyć celem wykazania warunku wskazał jedyny dokument w postaci informacji banku potwierdzającej wysokość środków finansowych lub zdolności kredytowej. Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia pełnomocnictw dla osób, które w imieniu banku podpiszą taką informację. W konsekwencji wykonawcy nie byli zobowiązani do składania takich dokumentów. Ponadto, jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, osoby, które podpisały informację miały dostęp do tak wrażliwych danych jak wysokość posiadanych środków czy zdolności kredytowej klienta. Z powyższego należało wnosić, że ci pracownicy banku mieli również umocowane do podpisania informacji o treści tych danych. Podzielono także stanowisko zamawiającego, że klient banku wnioskujący o wydanie takiej informacji czy opinii, jak i zamawiający, mogli założyć, że osoby działające w imieniu banku są do tego w pełni umocowane. Potwierdzeniem takiej praktyki była również zawartość oferty odwołującego, w której analogicznie jak w przypadku przystępującego próżno było szukać pełnomocnictw dla pracowników banku, którzy podpisali informację o wysokości środków finansowych i zdolności kredytowej odwołującego. Wobec powyższego zarzut uznano za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy nie w pełni zbadał, czy udział przystępującego w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu powtórzenia tej czynności. W razie zaś negatywnej weryfikacji wyjaśnień i dowodów przystępującego zamawiający zobowiązany będzie wykluczyć przystępującego z udziału w postępowaniu. Zatem naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności wezwania przystępującego do wykazania, że jego udział w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei

w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, gdyż pełnomocnik nie złożył rachunku do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. ograniczając się jedynie do okazania na tablicie rachunku w zwykłej postaci elektronicznej.

**Przewodniczący:** .....