

Sygn. akt: KIO/UZP 965/09

WYROK
z dnia 21 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2009 r. i 15 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Wojas Spółka Akcyjna, PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego ul. Nowowiejska 26 A, 00-911 Warszawa** protestu z dnia 22 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **Tomasz Dewódzki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki ul. Ludźmierska 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Wojas Spółka Akcyjna, PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ,** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Wojas Spółka Akcyjna, PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, ul. Ludźmierska 29, 34 - 400 Nowy Targ,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Wojas Spółka Akcyjna, PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, ul. Ludźmierska 29, 34 - 400 Nowy Targ.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy trzewików letnich w 2009 r. Zamówienie zostało podzielone na trzy części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 84-120913 w dniu 2 maja 2009 r.

W dniu 12 czerwca 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Konsorcjum firm: Wojas S.A. oraz PPO Przedsiębiorstwo Państwowe (dalej "Konsorcjum Wojas") z siedzibą w Nowym Targu, o:

- wykluczeniu Konsorcjum Wojas z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „Pzp” i uznaniu oferty tego wykonawcy za odrzuconą w trzech częściach zamówienia, a ponadto o uznaniu, że oferta Konsorcjum Wojas podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp,
- odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR Marek Dewódzki, Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego PROTEKTOR S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe ARM-ex Andrzej Mruk Sp. J., Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego (zwane dalej Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w trzech częściach zamówienia,
- wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i II złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki,
- unieważnieniu postępowania w części III wobec nie złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Konsorcjum Wojas wniosło protest dotyczący:

- wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- zaniechania wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia "Wykazu wykonanych dostaw",
- odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w wyniku uznania, iż Wojas S.A. złożyła w postępowaniu dwie oferty,
- zaniechania wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz odrzucenia oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS,
- zaniechania wezwania Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS oraz jego pełnomocnika do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego składu tego konsorcjum oraz zakresu pełnomocnictwa,
- oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II,
- unieważnienia postępowania w części III.

W związku z powyższym odwołujący zażądał:

- unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2; unieważnienia postępowania w części 3, wykluczenia z postępowania Konsorcjum Wojas, uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum Wojas, odrzucenia oferty Konsorcjum Wojas z powodu uznania, że wykonawca Wojas S.A. złożył w postępowaniu dwie oferty, czym naruszył przepis art. 82 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 Pzp,
- wezwania Konsorcjum Wojas do uzupełnienia "Wykazu wykonanych dostaw",
- wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki z postępowania,
- z ostrożności procesowej – wezwania P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki do uzupełnienia aktualnej informacji z KRK oraz Wykazu dostaw,
- odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki oraz oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- wezwania Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS oraz jego pełnomocnika do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego składu konsorcjum i zakresu pełnomocnictwa,
- powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach postępowania.

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 82 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, co następuje:

1. Brak przesłanek do odrzucenia oferty Konsorcjum Wojas na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1 i art. 7 Pzp.

Odwołujący kategorycznie zaprzeczył, jakoby członek Konsorcjum Wojas - firma Wojas S.A. złożyła w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty. Firma Wojas S.A. w ramach przedmiotowego postępowania jest członkiem tylko Konsorcjum Wojas. Nie jest i na chwilę składania ofert nie była członkiem Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS. Odwołujący przyznał, że firma Wojas S.A. planowała uczestniczenie w przedmiotowym postępowaniu jako członek Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS i nawet podpisała w dniu 22 maja 2009 r. umowę konsorcjum. Jednakże pomiędzy dniem 22 maja 2009 r. i 1 czerwca 2009 r. zaszły okoliczności, których skutkiem było wypowiedzenie przez firmę Wojas S.A. pełnomocnictwa pełnomocnikowi Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS oraz wystąpienie z tego konsorcjum, a z drugiej strony Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS i pełnomocnik tego konsorcjum podjęli czynności wykluczenia firmy Wojas S.A. z Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS. Odwołujący wyjaśnił, że niemal natychmiast po zawarciu umowy konsorcjum firma Wojas S.A. powzięła podejrzenie, że jedynym celem zawiązania Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-

SPWS było "związanie" wszystkich potencjalnych wykonawców zamówienia w taki sposób, aby nie mogli złożyć samodzielnych ofert, a następnie - przekazanie przez Marka Dewódzkiego swojemu synowi Tomaszowi Dewódzkiemu informacji o cenie składanej oferty, tak, aby Tomasz Dewódzki złożył ofertę konkurencyjną - z niższą ceną. Wskazał, iż powyższe informacje pochodziły z bardzo wiarygodnych źródeł, gdyż firma Wojas S.A. oraz zakład główny P.W. DEMAR Marek Dewódzki znajdują się w bezpośrednim sąsiedztwie. Jedna część członków tej samej rodziny zatrudniona jest w zakładzie głównym DEMAR, a druga część - w Wojas S.A. Wykonawca Wojas S.A. pozyskał też informacje, że na stanie magazynu, mieszającego się w siedzibie zakładu głównego DEMAR w Nowym Targu znajduje się ok. 30.000 par gotowego obuwia, tożsamego z przedmiotem zamówienia.

Ponadto, odwołujący wskazał, że z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS nie wynika, że oferta została złożona przez konsorcjum, w którego skład wchodzi firma Wojas S.A. W formularzu oferty umieszczono firmowe pieczętki 4 firm (członków konsorcjum), przy czym brak jest pieczętki Wojas S.A., gdyż wykonawca ten w dniu sporządzania oferty nie był już członkiem konsorcjum.

W dniu 27 maja 2009 r. firma Wojas S.A. wypowiedziała pełnomocnictwo Adamowi L. - pełnomocnikowi Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS (informując o tym pozostałych członków konsorcjum), zaś w dniu 28 maja 2009 r. zgłosiła wystąpienie z konsorcjum. O tym fakcie został poinformowany także zamawiający. W dniu 1 czerwca 2009 r. pełnomocnik poinformował Wojas S.A. o „wyrzuceniu” spółki Wojas S.A. z konsorcjum. Jednocześnie firma P.W. DEMAR Marek Dewódzki została wezwana do wniesienia wadium za firmę Wojas S.A.

Odwołujący wskazał na treść § 6 ust. 7 umowy konsorcjum z dnia 22 maja 2009 r. "odwołanie udzielonego pełnomocnikowi konsorcjum pełnomocnictwa może nastąpić jedynie w przypadku wyrażenia na to pisemnej zgody pod rygorem nieważności przez wszystkie strony konsorcjum" i stwierdził, że ww. postanowienie jest sprzeczne z przepisem art. 101 § 1 k.c., zgodnie z którym pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że mocodawca zrzekł się odwołania takiego pełnomocnictwa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Zdaniem odwołującego umowa konsorcjum nie zawiera zrzeczenia się uprawnienia do odwołania pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo udzielone Adamowi L. mogło i nadal może być wypowiedziane przez poszczególnych mocodawców. Firma Wojas S.A. została umyślnie wprowadzona w błąd w rozumieniu art. 84 k.c. przez Marka Dewódzkiego co do okoliczności zawierania umowy konsorcjum, wobec czego złożyła stosowne oświadczenie przed terminem składania ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że nie było możliwe przesłanie do zamawiającego oryginału dokumentu wypowiedzenia pełnomocnictwa, gdyż oryginał został wysłany do adresata. Do zamawiającego przesłano kopię oświadczeń, co należy uznać za wystarczające. Wobec

powzięcia w powyższym zakresie wątpliwości zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Wojas oraz Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS do złożenia wyjaśnień.

2. Brak przesłanek do wykluczenia Konsorcjum Wojas z postępowania, obowiązek zastosowania art. 26 ust 3 Pzp.

Uznając, że firma Wojas S.A. nie złożyła dwóch ofert w przedmiotowym postępowaniu, nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, a zatem zamawiający zobowiązany jest wezwać Konsorcjum Wojas do uzupełnienia Wykazu dostaw w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

3. Brak przesłanek do unieważnienia postępowania w części III.

Wobec nieuzasadnionego wykluczenia Konsorcjum Wojas z postępowania zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

4. zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki wobec braku prawidłowego zaświadczenia o niekaralności.

Zamawiający w rozdz. VI pkt 4 siwz wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 -8 Pzp. P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki złożył dokument, w którym nie wypełniono pkt 11. Powyższy dokument można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ale musiałby on potwierdzać spełnianie wymagań najpóźniej na dzień składania ofert, co nie jest możliwe.

5. Zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki wobec podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w rozdz. V siwz postawił wymóg wykazania się dostawami trzewików o określonej wartości, przy czym nie mniej niż 50% tej wartości mają stanowić trzewiki montowane systemem bezpośredniego wtrysku. W przypadku oferty, która obejmuje "więcej niż jedną część zamówienia, wartość brutto wykonanych dostaw nie może być mniejsza od sumy wartości określonych dla poszczególnych części". P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki złożył ofertę w części I i II, zatem powinien wykazać się dostawami trzewików na kwotę 15.400.000 zł. Wykonawca w Wykazie dostaw wskazał dostawy trzewików (pozycja 1 i 3) wyłącznie na kwotę 7.749.011,90 zł. W pozycji 2 wskazano dostawę butów specjalnych, które nie są trzewikami. Zamawiający nie może w tym przypadku skorzystać z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wykonawca podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał na ewentualny obowiązek uzupełnienia Wykazu dostaw na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

6. Zaniechanie odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki i oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż ich

złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na działanie Tomasza Dewódzkiego w ramach zmowy przetargowej z Markiem Dewódkim, będącym członkiem Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS.

Odwołujący wskazał, że P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódkki zaoferował w przedmiotowym postępowaniu cenę niższą niż Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, w skład którego wchodzi ojciec Tomasza Dewódkkiego - Marek Dewódkki. Zważywszy pokrewieństwo można domniemywać, iż ojciec przekazał synowi cenę oferty ustaloną przez Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS tworząc w ten sposób możliwość wykorzystania tej informacji w ofercie syna. Marek Dewódkki i Tomasz Dewódkki z reguły tworzą konsorcja, w których obaj biorą udział składając od trzech lat wspólnie oferty i ujawniając tym samym bliską współpracę handlową. Pośrednio bliskiej współpracy dowodzi także identyczny rdzeń nazwy obu firm. Nadto, Tomasz Dewódkki w złożonej ofercie dokonał zapisu, iż całość zamówienia wykona podwykonawca. Krąg podmiotów zdolnych do wykonania tego zamówienia jest niewielki, ale z pewnością jest ono wykonalne dla Marka Dewódkkiego.

Z treści zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej ww. przedsiębiorców wynika, że oddział zakładu głównego Marek Dewódkki P.W. DEMAR oraz zakład produkcyjny P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódkki mieści się pod tym samym adresem. Zdaniem odwołującego jest oczywiste, że chodzi o ten sam zakład, który miał wykonywać przedmiotowe zamówienie.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosił przystąpienie wykonawca Tomasz Dewódkki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódkki wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty przez dwa różne konsorcja, w których występuje ten sam wykonawca – WOJAS S.A., co stanowi naruszenie art. 82 ust. 1 Pzp. Podniósł, że informacja z KRK spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, a niewypełnienie pkt 11 dokumentu nie wpływa na prawidłowość dokumentu. Wyjaśnił, iż bezpodstawny jest zarzut dotyczący wykazania w ramach doświadczenia wykonawcy dostaw butów specjalnych, jako że stanowią one typ obuwia – trzewik, co wynika m.in. z terminologii normy PN-85/0-91000. Stwierdził, że ten sam adres prowadzenia działalności gospodarczej nie stanowi podstawy do postawienia zarzutu zmowy przetargowej. Zauważył, że również odwołujący pod tym samym adresem prowadzi swoją działalność. Przystępujący potwierdził, że w przeszłości ubiegał się o zamówienia wspólnie z firmą P.W. DEMAR Marek Dewódkki, co nie może być podstawą do stwierdzenia zmowy przetargowej. Podkreślił, że zarzut odwołującego oparty został na domysłach i manipulacji.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie, co uznać należy za oddalenie protestu w trybie art. 183 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie od oddalenia protestu. Powtórzył w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia:

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji,
- art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór w części I i II jako najkorzystniejszej oferty - oferty, która nie jest najkorzystniejsza,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w części III, pomimo, iż w tej części złożono ofertę, która nie podlega odrzuceniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego, pomimo, iż nie podlega on wykluczeniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, iż oferta złożona przez tego wykonawcę nie jest sprzeczna z ustawą Pzp,
- art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia "Wykazu wykonanych dostaw",
- art. 82 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 Pzp, poprzez uznanie, iż wykonawca Wojas S.A. złożył w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty,
- art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki do uzupełnienia informacji z KRK,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki oraz oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, pomimo, iż złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS oraz pełnomocnika tego konsorcjum do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego składu konsorcjum i zakresu pełnomocnictwa.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II,
- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części III,
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- unieważnienia czynności uznania za odrzuconą oferty odwołującego,
- wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia "Wykazu wykonanych dostaw",
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na złożenie przez Wojas S.A. w przedmiotowym postępowaniu dwóch ofert,
- wykluczenia z postępowania P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki,
- z ostrożności procesowej - nakazanie wezwania P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki w trybie art. 26. ust. 3 Pzp do uzupełnienia informacji z KRK oraz Wykazu dostaw,
- odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki oraz oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS,
- wezwania Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS oraz jego pełnomocnika do złożenia wyjaśnień co do składu konsorcjum i zakresu pełnomocnictwa;
- powtórzenia oceny ofert,
- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w trzech częściach postępowania.

Odwołujący powtórzył w odwołaniu w całości argumentację przytoczoną w proteście.

Wykonawca Tomasz Dewódzki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podtrzymując stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu uczestniczy trzech wykonawców. W części I zamówienia zostały złożone trzy oferty, w części II zamówienia - trzy oferty oraz w części III - dwie oferty. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części zamówienia. Odwołujący zaoferował najniższą cenę w części I i III, natomiast w części II oferta odwołującego jest droższa od oferty złożonej przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki. Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS złożyło najdroższą ofertę we wszystkich częściach zamówienia. Z uwagi na powyższe, na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu nie ma wpływu ewentualne potwierdzenie się zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, a ponadto oferta tego wykonawcy została odrzucona przez zamawiającego, która to czynność stała się ostateczna w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu ww. wykonawcy.

W świetle powyższego, Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w wyniku dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty w części I i II zamówienia, złożonej przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, tj. wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie złożył oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także w wyniku nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty. W konsekwencji również - w wyniku unieważnienia postępowania w części III zamówienia. KIO stwierdziła, że w powyższym zakresie odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania.

I. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Tomasz Dewódzki P.W. DEMAR-BIS w części I i II zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia P.W. DEMAR -BIS Tomasz Dewódzki z powodu nie spełniania przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.

W rozdz. VI pkt 2 siwz zamawiający wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Złożony w ofercie P.W. DEMAR -BIS Tomasz Dewódzki dokument „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” - zaświadczenie o niekaralności zostało wydane w dniu 15 kwietnia 2009 r. i zawiera wszystkie informacje pozwalające na uznanie, iż dokument ten stwierdza niekaralność Tomasza Dewódzkiego. Dokument potwierdza, że osoba ta nie figuruje

w Kartotece Karnej. Brak wypełnienia przez wnioskodawcę w omawianym formularzu punktu 11, który dotyczy wskazania „postępowania, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4-6 i 8-10 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 50, poz.580 z późn. zm.) w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie” nie ma wpływu na prawidłowość informacji. Potwierdza to treść przepisu art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292), w którym stwierdza się, że „Jeżeli we wniosku nie określono rodzaju i zakresu danych, które mają być przedmiotem informacji, informacja ta powinna zawierać odpis wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach.” Informacja zatem, iż Tomasz Dewódzki „nie figuruje w Kartotece Karnej” dotyczy wszystkich kart rejestracyjnych i zawiadomień, tj. obejmuje najszerszy możliwy zakres informacji. Powyższe oznacza brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy Tomasza Dewódzkiego – osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp, a tym samym spełnianie wymogu określonego w ustawie Pzp i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec prawidłowości ww. dokumentu nie ma również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania P.W. DEMAR - BIS Tomasz Dewódzki do uzupełnienia aktualnej informacji z KRK, gdyż stosowna informacja została złożona przez wykonawcę w ofercie.

Izba stwierdziła, że „Wykaz zrealizowanych dostaw” złożony przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki w ofercie (str. 15) potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, który został określony w rozdz. V pkt 1 siwz. Dla potwierdzenia spełniania ww. warunku, w przypadku złożenia oferty w części I i II zamówienia, należało wykazać wykonanie dostaw „trzewików”, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż: dla części I zamówienia – 11 500 000,00 zł i części II – 3 900 000,00 zł. Kwestionowane przez odwołującego dostawy wykazane przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki w pozycji 2 „Wykazu”, obejmujące obuwie specjalne, odpowiadają warunkowi zawartemu w specyfikacji w zakresie wymaganego przedmiotu dostaw, tj. określonego typu obuwia. Jak wynika z treści normy przedłożonej przez przystępującego, PN 85/O/91000 „Obuwie Terminologia” (pkt 2.3.g), trzewiki - to typ obuwia, wyróżniany ze względu na cechy konstrukcyjne i przeznaczenie. Powyższe potwierdził również zamawiający powołując się na normę PN-EN ISO 19952:2007 oraz zapis zawarty w pkt 2 Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT) wzór 928/MON, iż buty specjalne - to obuwie „typu trzewik z podwyższoną cholewką (nadstawką obłożyn)”. Zgodnie z powyższą definicją zakres pojęcia „trzewiki” jest szerszy od pojęcia „buty specjalne”. Wynika z tego, że buty specjalne to szczególny rodzaj obuwia typu trzewik. Zatem, wykonanie dostaw „butów specjalnych” stanowi zarazem dostawy „trzewików”, o których mowa w treści warunku opisanego w siwz.

Jak wyjaśnił zamawiający pojęcie „trzewiki” jest używane przy określaniu warunków udziału w postępowaniu na dostawy butów specjalnych (np. postępowanie nr 3/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2009), co potwierdza omówiony powyżej stosunek obu pojęć.

W ustalonym przez Izbę stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki z postępowania, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Złożony przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki „Wykaz wykonanych dostaw” obejmuje dostawy, których należyte wykonanie zostało potwierdzone przez odbiorców tych dostaw. Odwołujący nie wskazał okoliczności, na których oparł twierdzenie, że wykonawca złożył w ofercie, w szczególności w „Wykazie wykonanych dostaw”, nieprawdziwe informacje. Izba uznała, że zarzut jest nieuzasadniony.

II. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. znowę przetargową.

Zmowa przetargowa polega m.in. na uzgodnieniu, przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny oferty. Jest to działanie sprzeczne z prawem. Definicję znowy przetargowej zawiera art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331). Wpłynięcie na wynik przetargu stanowi podstawę do żądania unieważnienia umowy, zawartej w wyniku „uzgodnionego” przetargu, czynność, która jest nieważna z mocy samego prawa (art. 58 k.c.). Zmowa przetargowa w zakresie ceny prowadzi zwykle do podniesienia cen na skutek zaburzenia swobodnego wyboru wykonawcy zamówienia w wyniku walki konkurencyjnej. Działanie w warunkach znowy przetargowej niewątpliwie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub kontrahenta. Zmowa przetargowa jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503) - wypełnia przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy – stanowi utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Po spełnieniu przesłanek, określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowi ona także zakazaną ustawą praktykę ograniczającą konkurencję -

porozumienie antykonkurencyjne. Zgodnie z definicją legalną „porozumienia”, zawartą w art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez „porozumienie” rozumie się m.in. „uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki”.

Podniesiony w odwołaniu zarzut zmowy przetargowej, pomiędzy przedsiębiorcami Tomaszem Dewódkim a Markiem Dewódkim, odwołujący oparł na domniemaniu przekazania przez Marka Dewódkiego - Tomaszowi Dewódkiemu - informacji o cenie oferty złożonej przez Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, w efekcie czego P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódkki zaoferował w przetargu cenę niższą niż Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, co umożliwiło mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu na następujące okoliczności:

- pokrewieństwo ww. osób,
- bliską współpracę Marka Dewódkiego i Tomasza Dewódkiego, którzy z reguły tworzyli w przeszłości konsorcjum – w celu składania wspólnych ofert,
- identyczny rdzeń nazwy obu firm,
- złożenie w ofercie P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódkki oświadczenia, iż całość zamówienia wykona podwykonawca, którym w ocenie odwołującego jest P.W. DEMAR Marek Dewódkki,
- obaj wykonawcy prowadzą zakład produkcyjny pod tym samym adresem,
- na stanie magazynu, mieszącego się w siedzibie zakładu głównego P.W. DEMAR Marek Dewódkki znajduje się ok. 30.000 par gotowego obuwia, tożsamego z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że podejrzenie zmowy pomiędzy Markiem Dewódkim a Tomaszem Dewódkim firma Wojas S.A. powzięła po zawarciu umowy konsorcjum. Twierdził, że informacje te pochodziły z bardzo wiarygodnych źródeł.

W toku postępowania odwołujący oparł swoje twierdzenia na następujących środkach dowodowych: zeznania świadków - Marka D, Tomasza D, Adama L. Wincentego B. i Mariana C.

Potwierdzony w toku postępowania dowodowego zarówno przez strony jak i świadka Marka D. fakt, iż przedsiębiorcy Tomasz Dewódkki i Marek Dewódkki prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem nie stanowi, zdaniem Izby, podstawy do stwierdzenia zmowy przetargowej. Wskazać przy tym należy, że także odwołujący, pod tym samym adresem, prowadzi swoją działalność. Nie potwierdza istnienia zmowy przetargowej również okoliczność, że w przeszłości obaj przedsiębiorcy ubiegali się o zamówienia wspólnie. Izba uznała także, że nie została dowiedziona przez odwołującego w toku postępowania okoliczność wyprodukowania przez wykonawcę P.W. DEMAR Marek Dewódkki - 30 tys. par

trzewików, które są przedmiotem zamówienia. Zaprzeczył temu faktowi Marek D., a odwołujący nie przedstawił innych dowodów na potwierdzenie tej okoliczności.

Na podstawie zgodnych w tej części zeznań świadków Marka D., Wincentego B., Mariana C., Adama L. Izba ustaliła datę oraz sposób ustalenia ceny oferty złożonej przez Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS. Cena ta w konsekwencji okazała się wyższa od ceny zaoferowanej przez P.W. DEMAR – BIS Tomasz Dewódzki, jednak nie potwierdziła się okoliczność podniesiona przez odwołującego, że ustalenie jej wysokości nastąpiło poprzez narzucenie członkom konsorcjum stawki przez jednego z nich - Marka Dewódzkiego. Dowód w postaci dokumentu porozumienia zawartego w dniu 2 czerwca 2009 r. pomiędzy członkami Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS (z wyłączeniem Wojas S.A.) potwierdza, iż wszyscy obecni na spotkaniu członkowie konsorcjum wspólnie uzgodnili i zaakceptowali wysokość ceny oferty, złożonej następnie „komisyjnie” u zamawiającego. Powyższy fakt został także zgodnie potwierdzony przez świadków. Nie potwierdziło się natomiast stanowisko odwołującego, iż przed ustaleniem ceny oferty złożonej przez Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS Tomasz Dewódzki uzgodnił z Markiem Dewódzkim wynagrodzenie za podwykonawstwo przedmiotu zamówienia, które P.W. DEMAR Marek Dewódzki będzie realizował w pełnym zakresie - 100% (dot. części I i II) jako podwykonawca firmy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki. Tomasz Dewódzki wykazał w toku rozprawy, że zamiar powierzenia wykonania części zamówienia dotyczy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „Avanti” Kowalczyk i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Częstochowie, składając do akt sprawy umowę kooperacyjną zawartą z ww. przedsiębiorstwem w dniu 29 maja 2009 r. W ocenie Izby, złożone przez Tomasza Dewódzkiego w ofercie (w formularzu ofertowym) oświadczenie, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia (w zakresie części I i II) podwykonawcy, oznaczać może zamiar powierzenia wykonania części I i II zamówienia - przedmiotu złożonych ofert częściowych, w rozumieniu art. 83 ust. 2 Pzp – zarówno w dowolnym procentowym ułamku każdej z części zamówienia I i II, jak i np. jednej z części I lub II itp. Nie można jednak z treści ww. oświadczenia wywodzić, że podwykonawca będzie wykonywał zamówienie w 100%, co twierdził odwołujący. Izba uznała, że realizacja złożonego przez wykonawcę w ofercie oświadczenia może nastąpić w ramach wykonania zobowiązań zawartych przez strony ww. umowy kooperacyjnej. Przeciwnie twierdzenia odwołującego, w szczególności co do uzgodnień pomiędzy Tomaszem Dewódzkim a Markiem Dewódzkim dotyczących podwykonawstwa w 100% zamówienia, nie zostały przez odwołującego udowodnione.

Oceniając dowody z zeznań świadków Marka D. z jednej strony oraz Wincentego B. i Mariana C. z drugiej strony oraz pisemnych oświadczeń Marka D. i Ryszarda W. złożonych do akt sprawy przez przystępującego, w zakresie treści wypowiedzi Marka D. skierowanej do

osób reprezentujących pozostałych członków Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS po wyjściu ze spotkania w dniu 2 czerwca 2009 r., na którym nastąpiło otwarcie ofert przez zamawiającego, Izba uznała, że nie mogą one być podstawą stanowczych ustaleń w powyższym zakresie, ale w pewnym stopniu potwierdzają prawdopodobieństwo nieuczciwych lub nieetycznych zachowań. Izba zważyła, że oświadczenia są sprzeczne, co może stanowić wyraz silnej walki konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami, pomimo podejmowanych wspólnych przedsięwzięć. Powyższe nie pozwala na jednoznaczną ich ocenę. Choć nie można wykluczyć, iż treść wypowiedzi Marka D. może stanowić wyraz okoliczności, których ustalenie byłoby istotne z punktu widzenia zarzutu z umowy przetargowej, to możliwości ich ustalenia wykraczają poza dostępne Izbie instrumenty postępowania dowodowego. Izba skorzystała w pełni z dostępnych możliwości i środków w postępowaniu dowodowym.

W toku postępowania Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z księgi wejść do AMW. Izba zważyła, że w księdze wejść rejestruje się osoby wchodzące do AMW i wydaje się przepustki, co potwierdził zarówno odwołujący jak i zamawiający, tym samym na podstawie takiego wpisu brak jest możliwości ustalenia, czy dana osoba wchodząca do AMW składała ofertę konkretnego wykonawcy. Ponadto, fakt złożenia oferty przez daną osobę nie może potwierdzać faktu posiadania przez nią wiedzy co do ceny składanej oferty. Oferty są składane w zamkniętych kopertach i otwierane dopiero w terminie oznaczonym przez zamawiającego. Izba uznała, że złożony wniosek służy przewlekłości postępowania.

Wyrażona w art. 6 k.c. zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu z umowy przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu - stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania. Wobec powyższego, Izba opierając się na dokonanych ustaleniach uznała, że nie potwierdził się fakt zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami Tomaszem Dewódkim i Markiem Dewódkim porozumienia co do ceny składanych ofert przetargowych. Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania dowodów potwierdzających niezbieżność fakt zawarcia porozumienia pomiędzy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki i P.W. DEMAR Marek Dewódkim, którego treścią było ustalenie warunków składanych ofert co do oferowanej ceny, w celu pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego. W tym stanie rzeczy, Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódkim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

III. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp wyraża jedną z przesłanek odrzucenia oferty, tj. sprzeczność oferty z ustawą Prawo zamówień publicznych. W przypadku złożenia przez wykonawcę dwóch ofert w tym samym postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego następuje naruszenie przez wykonawcę przepisu art. 82 ust. 1 Pzp, który w jednoznaczny i bezwarunkowy sposób zakazuje wykonawcy złożenia w tym samym postępowaniu więcej niż jednej oferty. Zakaz powyższy dotyczy także wykonawców – członków konsorcjum - wspólnie ubiegających się o zamówienie na podstawie art. 23 ust. 1 Pzp. Stosownie bowiem do dyspozycji art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu. Jeżeli zatem złożenie oferty (dwóch ofert) jest sprzeczne z przepisem ustawy Pzp, to zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp skutkująca koniecznością odrzucenia przez zamawiającego obu ofert.

Uprawnienie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje wykonawcom z mocy ustawy. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mogą uregulować swoją współpracę i formę prawną w taki sposób aby według swojego uznania (art. 353¹ k.c.) osiągnąć zamierzony rezultat w postaci ubiegania się o zamówienie czy też jego realizacji. Istotą konsorcjum jest zobowiązanie konsorcjantów do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, poprzez podejmowanie działań określonych w umowie.

W przedmiotowym postępowaniu dwa konsorcja wykonawców: Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS oraz Konsorcjum Wojas złożyły oferty. W obu ofertach wskazano jako jednego z członków tych konsorcjów - firmę Wojas S.A. Wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie w obu konsorcjach ustanowili pełnomocników do ich reprezentowania. W przypadku Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS pełnomocnictwo zostało zawarte w treści umowy konsorcjum, którą złożono w ofercie.

Odwołujący twierdził, że wykonawca Wojas S.A. - członek Konsorcjum Wojas nie złożył drugiej oferty jako członek Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS, ponieważ odwołał pełnomocnictwo udzielone Adamowi L. – pełnomocnikowi tego konsorcjum oraz skutecznie uchylił się od skutków prawnych oświadczenia woli zawarcia ww. konsorcjum złożonego pod wpływem błędu.

Odnosząc się do omawianego zarzutu Izba ustaliła i zważyła, jak niżej.

Odwołujący podnosił, iż przed upływem terminu składania ofert przesłał faksem w dniu 28 maja 2009 r. oraz listem poleconym, pełnomocnikowi Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS – Adamowi L., oświadczenie o odwołaniu pełnomocnictwa (pismo z dnia 27 maja 2009 r.). Adam L. zaprzeczył, iż w tym terminie otrzymał ww. pismo. Stwierdził, że z jego treścią zapoznał się dopiero w dniu 3 czerwca 2009 r. Stosownie do brzmienia art. 101 k.c. wystarczające i prawnie skuteczne jest jeżeli oświadczenie o

odwołaniu pełnomocnictwa dotrze do pełnomocnika. Dla osiągnięcia skutku odwołania pełnomocnictwa nie ma znaczenia fakt czy oświadczenie w tym zakresie dotarło do kontrahenta, z którym pełnomocnik ma dokonywać czynności prawnych. Oceniając materiał dowodowy w tej sprawie Izba uznała, że potwierdzenie prawidłowości transmisji faksowej pisma zawierającego oświadczenie na dany numer telefaksowy, którym posługiwał się pełnomocnik konsorcjum, nie dowodzi faktu, iż oświadczenie to dotarło do pełnomocnika. Podobnie, odebranie pisma przez inną osobę w dniu 1 czerwca 2009 r. nie dowodzi, iż oświadczenie dotarło w tym dniu do pełnomocnika. Powyższe okoliczności nie są objęte domniemaniem prawnym. Dowód w tym zakresie obciąża twierdzącego. Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że odwołujący nie udowodnił faktu, iż odwołanie pełnomocnictwa dotarło do pełnomocnika przed terminem składania ofert. Izba podzieliła przy tym w pełni stanowisko prezentowane przez odwołującego, iż dla skuteczności odwołania pełnomocnictwa nie ma znaczenia forma w jakiej ono nastąpiło. Jednak w okolicznościach tej sprawy nie jest kwestionowane oświadczenie co do formy. Kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy oświadczenie firmy Wojas S.A. o odwołaniu pełnomocnictwa dotarło do pełnomocnika Adama L. przed terminem składania ofert. Okoliczność ta nie została przez odwołującego dowiedziona.

Odwołujący podnosił również, iż wypowiedział umowę konsorcjum składając w dniu 28 maja 2009 r. pozostałym członkom konsorcjum „oświadczenie o uchyleniu się od skutków złożonego oświadczenia woli pod wpływem błędu”. W treści ww. oświadczenia stwierdził, że „na podstawie art. 84 § 1 k.c. cofa oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy konsorcjum”. Następnie, w odpowiedzi na żądanie konsorcjantów o wskazanie rodzaju błędu, wyjaśnił (pismem z dnia 29 maja 2009 r.), iż „po analizie przedsięwzięcia jakim jest wykonanie części zamówienia modelu 926/MON stwierdził, iż jest to ekonomicznie nieopłacalne dla Spółki”. W ocenie Izby, z treści powyższego wyjaśnienia wynika, że błąd, na który powołał się wykonawca Wojas S.A., jako przesłankę uchylenia się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli, nie został wywołany przez stronę lub strony, do których oświadczenie w przedmiocie zawarcia umowy konsorcjum zostało skierowane lecz jest efektem braku lub dokonania niepełnej czy też niestarannej analizy przedsięwzięcia przez ww. wykonawcę przed zawarciem umowy konsorcjum. Możliwość skorzystania z uprawnienia określonego w art. 84 § 1 k.c., dotyczącego uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego innej osobie, jest uzależniona od wypełnienia się następujących przesłanek: błąd musi dotyczyć treści czynności prawnej, musi być wywołany przez osobę, której oświadczenie woli zostało złożone, chociażby bez jej winy albo, gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Oświadczenie dotyczące zawarcia umowy konsorcjum zostało złożone przez wykonawcę Wojas S.A. wobec czterech innych uczestników konsorcjum. Uchylając się od skutków prawnych tej czynności, w treści

złożonego oświadczenia, Wojas S.A. nie powołała się na fakt wywołania błędu przez któregokolwiek z członków konsorcjum, a tym bardziej przez wszystkich, którym oświadczenie zostało złożone. Odwołujący nie podnosił również, aby pozostali wykonawcy wiedzieli o błędzie lub z łatwością mogli błąd zauważyć. Z powyższych względów za uzasadnione należy uznać stanowisko członków konsorcjum, polegające na nie uznaniu „wystąpienia” Wojas S.A. z konsorcjum za skuteczne, gdyż w tym przypadku, zgodnie z wyjaśnieniem tego wykonawcy, nie wystąpiły przesłanki do uchylenia się przez Wojas S.A. od skutków prawnych oświadczenia, złożonego pod wpływem błędu. Biorąc pod uwagę, że korespondencja pomiędzy Wojas S.A., a pozostałymi członkami konsorcjum była przekazywana do wiadomości zamawiającego, zamawiający był poinformowany o treści oświadczeń złożonych przez Wojas S.A. Jak wykazało postępowanie dowodowe zamawiający posiadał wszystkie informacje, aby uznać, że na dzień składania ofert firma Wojas S.A. była uczestnikiem Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS. Izba uznała, że zamawiający na podstawie posiadanych informacji, wynikających z treści złożonych ofert jak i pism skierowanych do wiadomości zamawiającego, nie miał podstaw do uznania, że wykonawca Wojas S.A. nie złożył oferty jako jeden z wykonawców występujących wspólnie w ramach Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS. W świetle powyższego, uznanie przez zamawiającego, iż wykonawca Wojas S.A. uczestnicząc w dwóch konsorcjach złożył w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty nie narusza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1 Pzp.

Izba uznała ponadto, że zamawiający nie był zobowiązany do żądania wyjaśnień od Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS w trybie art. 87 ust. 1 Pzp co do rzeczywistego składu Konsorcjum oraz zakresu pełnomocnictwa. Fakt, iż na formularzu oferty zostały umieszczone firmowe pieczętki czterech członków konsorcjum, natomiast brak pieczętki Wojas S.A. nie ma znaczenia wobec jednoznacznego określenia w tym formularzu pełnego składu konsorcjum, stosownie do treści umowy konsorcjum załączonej do oferty. Oferta, w szczególności w zakresie określenia wykonawców ją składających, nie zawiera sprzecznych lub niejasnych informacji. Treść przekazanych zamawiającemu kopii oświadczeń złożonych przez Wojas S.A. dotyczących wystąpienia z konsorcjum, jak wykazano powyżej, również nie budzi wątpliwości. Nie zaistniała zatem przesłanka uzasadniająca wezwanie Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w omawianym zakresie. Podkreślić należy, że zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw prawnych, aby wezwać do złożenia wyjaśnień pełnomocnika konsorcjum, co podnosił odwołujący w proteście i odwołaniu. Pełnomocnik wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu nie jest samodzielnym podmiotem lecz występuje w postępowaniu wyłącznie w charakterze przedstawiciela wykonawców.

IV. Zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wobec nie przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia określonego w specyfikacji. Odwołujący przedstawił w „Wykazie wykonanych dostaw”, złożonym w ofercie, dostawę trzewików zrealizowaną w terminie do 25 maja 2009 r., tj. w terminie późniejszym niż data wszczęcia przedmiotowego postępowania (29 kwietnia 2009r.). Odwołujący nie kwestionował w toku postępowania faktu, iż dostawa ta nie potwierdza spełniania warunku doświadczenia, nabytego w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania lecz zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w wyniku zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Potwierdzenie się przesłanek odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp skutkuje koniecznością uznania za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez nie wezwanie odwołującego do uzupełnienia Wykazu dostaw. Zgodnie z treścią ww. przepisu, zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia „Wykazu wykonanych dostaw”, ponieważ oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako sprzeczna z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wynikające z art. 26 ust. 3 Pzp szczególne uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu znalazło w pełni uzasadnienie w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu bez wezwania odwołującego do uzupełnienia „Wykazu”.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania, a zatem stosownie do treści ww. przepisu ofertę odwołującego należało uznać za odrzuconą, co zamawiający uczynił.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II zamówienia, złożonej przez P.W. DEMAR -BIS Tomasz Dewódzki, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. Nie potwierdził się zarzut naruszenia w postępowaniu art. 91 ust. 1 Pzp.

Ponadto, Izba stwierdziła, iż w odniesieniu do części III zamówienia wypełniła się przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, co uprawniało zamawiającego do unieważnienia postępowania w tej części, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Izba zważyła, że w części III zamówienia zostały złożone dwie oferty, z których oferta Konsorcjum DEMAR-PROTEKTOR-ARM-ex-SPWS została odrzucona i ta decyzja zamawiającego stała się ostateczna, natomiast drugi wykonawca - odwołujący został wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta została odrzucona. Słuszna jest zatem ocena, iż w części III zamówienia nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie stwierdzono, aby w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło naruszenie przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że okoliczności sprawy, wobec nie potwierdzenia się zarzutów, uzasadniają oddalenie odwołania, jako pozbawionego usprawiedliwionych podstaw. Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....