

Sygn. akt: KIO 329/19

WYROK
z dnia 12 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25.02.2019 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **CGL Spółka z o.o., ul. Cegielskiego 6, 32-400 Myślenice** oraz **J.L.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Elektro-Budowlanych, Handlowych, Transportowych i Projektowych „ZUE-MBHTiP” J.L., ul. Cegielskiego 8, 32-400 Myślenice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **TAURON Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobycie S.A.” (numer referencyjny 2018/TWD/TWD/03418/L/258/P/JW)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **M.T.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **JUSTMAR M.T., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski, Kopalnia Imielin Spółka z o.o., ul. Wyzwolenia 70C, 41-407 Imielin** oraz **G.O.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **ABG G.O., ul. Miła 6, 41-500 Chorzów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR M.T., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski, Kopalnia Imielin Spółka z o.o., ul. Wyzwolenia 70C, 41-407 Imielin oraz G.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ABG G.O., ul. Miła 6, 41-500 Chorzów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **TAURON Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **CGL Spółka z o.o., ul. Cegielskiego 6, 32-400 Myślenice** oraz **J.L.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Elektro-Budowlanych, Handlowych, Transportowych i Projektowych „ZUE-MBHTiP” J.L., ul. Cegielskiego 8, 32-400 Myślenice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **TAURON Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **CGL Spółka z o.o., ul. Cegielskiego 6, 32-400 Myślenice** oraz **J.L.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Elektro-Budowlanych, Handlowych, Transportowych i Projektowych „ZUE-MBHTiP” J.L., ul. Cegielskiego 8, 32-400 Myślenice** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) 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:

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 329/19

Zamawiający – TAURON Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobycie S.A.” (numer referencyjny 2018/TWD/TWD/03418/L/258/P/JW)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie sektorowe).

W dniu 16.10.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 199 – 452935.

W dniu 15.02.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.02.2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum CGL Spółka z o.o., ul. Cegielskiego 6, 32-400 Myślenice oraz J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektro-Budowlanych, Handlowych, Transportowych i Projektowych „ZUE-MBHTiP” J.L., ul. Cegielskiego 8, 32-400 Myślenice wobec niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań i czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobycie S.A.”, 2018/TWD/TWD/03418/L zwanym dalej „Postępowaniem”.

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez podjęcie następujących czynności i dokonanie zaniechań:

1. Bezprawne dokonanie zmiany złożonych ofert i określenie tej zmiany przez Zamawiającego jako sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ustawy, podczas gdy faktycznie stanowiło to nieuprawnioną zmianę oferty z kwoty 12.912.765,12 zł (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć 12/100) na

kwotę 12.229.425,36 zł (dwanaście milionów dwieście dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta dwadzieścia pięć 36/100).

2. Brak odrzucenia oferty i wykluczenia z przetargu konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodajowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) pomimo braku skutecznego spełnienia SIWZ, tj. przedłożenia przez te podmioty przedłużenia terminu gwarancji, pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 21.12.2018 r. do przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium z nieprzekraczalnym terminem 7 stycznia 2019 r., podczas gdy złożona przez ww. podmioty gwarancja obowiązywała do 8 stycznia 2019 r.

3. Przez niezachowanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców polegające na wyborze oferty po uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodajowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum), w których wykonawcy przedstawił realizację usługi, bez wymaganej na etapie składania oferty informacji w sprawie licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego, decyzji na zbieranie odpadów o kodzie 01 04 12, zawiadomienia o dokonaniu wpisu do BDO. Dopuszczenie takiej koncepcji stanowi obejście zapisów SIWZ o warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie potwierdza wadliwość postępowania.

4. Przez uznanie za wystarczające i przekonujące wyjaśnień i tym samym brak odrzucenia ofert konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodajowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) oraz konsorcjum firm: RAFEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum) w sytuacji w której złożenie ofert mogło stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II. Zdaniem Odwołującego powyższe czynności i zaniechania stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

1. ad. I ust. 1, art. 87 ust 2 pkt. 1-3, Ustawy Prawo zamówień publicznych

2. ad. I ust. 2, art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 12 oraz art. 85 ust. 4, Ustawy Prawo zamówień publicznych

3. ad. I ust. 3, art. 7 w zw. z art 22 ust 1 pkt 1 oraz art. 26 ust. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych

4. ad. I ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych

III. Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: JUSTMAR M. T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G. O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej lub też unieważnienie postępowania i jego ponowne przeprowadzenie.

2. Nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego.

3. Zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

IV. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały złożone oferty spośród których Odwołujący zajął drugie miejsce. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Szkodą jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy są tracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Powyższe dowodzi, zdaniem Odwołującego, o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

V. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 20.02.2019 r., tj. po dokonaniu analizy dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego w formie elektronicznej na adres mailowy pełnomocnika Odwołującego się. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ustawy został zachowany.

VI. Odwołujący złożył kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 22.02.2019 r. (na dowód czego załączam potwierdzenia złożenia dokumentacji z prezentatą Zamawiającego) - tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobycie S.A.” Ogłoszeniem o zamówieniu w procedurze otwartej, opublikowano na [https://swoz.tauron.pi/platform/HomeServlet? MP module=main&MP action=noticeDetails¬iceIdentiv=7407&expired=0](https://swoz.tauron.pi/platform/HomeServlet?MP module=main&MP action=noticeDetails¬iceIdentiv=7407&expired=0).

Jako przedmiot zamówienia została określona usługa: Usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobycie S.A.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 09.11.2018 w siedzibie zamawiającego tj. w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37 (Budynek Zarządu - parter - Kancelaria Główna - pok. nr 5). Skutecznie złożone i dopuszczone do udziału w postępowaniu zostały trzy oferty.

Najkorzystniejszą ofertę opiewającą na 12.252.988,80 zł złożyło konsorcjum firm: CGL sp. z o.o. ul. Cegielskiego 6, 32-400 Myślenice KRS: 0000503294 NIP: 681-205-67-55 (Lider konsorcjum) ZAKŁAD USŁUG ELEKTRO-MECHANICZNYCH, BUDOWLANYCH, HANDLOWYCH, TRANSPORTOWYCH I PROJEKTOWYCH "ZUE-MBHTiP" J.L. ul. Cegielskiego 8 32- 400 Myślenice, NIP: 681-000-17 21.

Pozostałe oferty zostały złożone przez konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) na kwotę 12.912.765,12 zł (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12.100), a także konsorcjum firm: RAFEN J.T., 41- 407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum) na kwotę 12.912.765,12 zł (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12/100).

W toku przetargu sprostowano w sposób bezzasadny oferty pozostałych dwóch oferentów, czego skutkiem była zmiana kwot: z 12.912.765,12 zł (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12.100) na 12.229.425,36 zł (dwanaście milionów dwieście dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta dwadzieścia pięć 36/100) w przypadku konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek

konsorcjum), a także z kwoty 12.912.765,12 zł (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12.100) na kwotę 10.933.436,16 zł (dziesięć milionów dziewięćset trzydzieści trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych 16/100). w przypadku konsorcjum firm: RAFEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum).

Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest nieuzasadnione i stanowi przekroczenie zakresu sprostowań dopuszczonych w świetle art. 87 ustawy. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż oświadczenie o możliwości wykonania zamówienia w danej kwocie (str. 4 formularza ofertowego) poparte było oświadczeniem znajdującym się bezpośrednio pod wyliczoną kwotą: „Sposób wyliczenia ceny brutto przedstawia Formularz Cenowy stanowiący Załącznik nr 1 do Formularza Ofert”. Oczywiście wskazać należy, iż to sam zamawiający dokonuje poprawy oczywistej omyłki, co wynika z art. 87 ust. 2 wstęp do wyliczenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) i z tego względu to sam zamawiający zauważa omyłki, klasyfikuje je i informuje o ich poprawie co wynika z art. 87 ust. 2 in fine ustawy jednakże nadmienić należy, iż zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami i utartym orzecnictwem, ocena czy dane sprostowanie może zostać zakwalifikowane jako omyłka pisarska wymaga każdorazowo analizy konkretnego stanu faktycznego.

W ocenie Odwołującego sytuacja zaistniała w przedmiotowej sprawie nie może być zakwalifikowana jako sprostowanie omyłki, a jednoznacznie jako nieuzasadnioną ingerencję Zamawiającego w kwotę która stanowiła 100% kryterium oceny. Tym samym za poprawne i mające zastosowanie w przedmiotowej sprawie należy uznać stanowisko KIO, iż *„Intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów; omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie (...)”* - KIO 302/18 - wyrok KIO z dnia 06.03.2018 r.

Jednocześnie Odwołujący podniósł zarzut braku odrzucenia i wykluczenia z przetargu, konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum), wskazując, iż ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium obejmowała swoim terminem okres od 09.11.2018 r. do 08.01.2019 r. dlatego też oferta, ww. konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu jako niespełniająca wymogów formalnych. Zgodnie z przepisami ustawy pzp

wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, niezależnie w jakiej formie będzie wnoszone. W odniesieniu do gwarancji ubezpieczeniowej oznacza to, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu oryginału takiej gwarancji przed upływem terminu składania ofert (związania ofertą). W przypadku przedłużenia ważności wadium, przedłużenie to powinno nastąpić w takiej formie w jakiej gwarancja została wniesiona. W przypadku złożenia dokumentu przedłużającego ważność gwarancji, mają zastosowanie te same reguły, które obowiązują wykonawcę w przypadku wnoszenia takiej gwarancji przed terminem składania ofert. Z tego wynika, że oferent powinien przekazać dokument przedłużający ważność gwarancji przed upływem jej ważności i dokument ten powinien być wniesiony w oryginale. W ocenie Odwołującego, po dokonaniu analizy otrzymanej od Zamawiającego dokumentacji wynika, iż takie wymogi nie zostały spełnione.

Odwołujący podnosi ponadto zarzut niezachowanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców polegające na wyborze oferty po uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodajewskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum), w których wykonawcy przedstawił realizację usługi, bez wymaganej na etapie składania oferty informacji w sprawie licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego, decyzji na zbieranie odpadów o kodzie 01 04 12, zawiadomienia o dokonaniu wpisu do BDO. Dopuszczenie takiej koncepcji stanowi obejście zapisów SIWZ o warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie potwierdza wadliwość postępowania. W ocenie odwołującego, na etapie składania ofert, udzielone przez ww. podmioty informacje wskazywały na niespełnienie przez nie wymogów formalnych wskazanych w SIWZ dlatego też oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Jak słusznie, zdaniem Odwołującego, wskazała KIO w wyroku 377/18 z dnia 13-03-2018 Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada

pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom.

Odwołujący podniósł nadto, że należy również z całą stanowczością wskazać, iż z analizy dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego wywnioskować należy, iż zachodzi domniemanie nieuczciwej konkurencji, w skutkiem czego Zamawiający co najmniej powinien dokonać szczegółowej analizy i powiązań kapitałowo - osobowych pozostałych podmiotów. W toku prowadzonego postępowania Zamawiający powziął wiadomości, iż konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) oraz konsorcjum firm: RAFEN Justyna Turczyńska, 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum) posiadały wiedzę o wzajemnej dokumentacji ofertowej. Zachodzi tym samym domniemanie, iż pomiędzy podmiotami mogło dochodzić do ustalania treści ofert i działania tych podmiotów nie było konkurencyjne a nakierowane na osiągnięcie wspólnego celu. Zamawiający nie dokonał szczegółowej analizy sprawy i nie przeprowadził szczegółowego audytu (opierając się wyłącznie na oświadczeniach i wyjaśnieniach stron, które są przecież zainteresowane indywidualnym pozytywnym skutkiem) wykonawców którzy mogli pozostawać w zмовie cenowej. Tym samym naruszony został art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie, zdaniem Odwołującego, jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, którą Zamawiający sklasyfikował na trzecim miejscu w rankingu ofert. W związku z odrzuceniem oferty numer 3 Odwołujący we wniesionym odwołaniu podniósł zarzuty wobec oferty Przystępującego, która została uznana za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie – wnosząc o jej odrzucenie. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonych przez wszystkich wykonawców, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba uwzględniła również jako dowód w postępowaniu znajdujące się w aktach postępowania zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję skierowanego do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które zostało podpisane przez dwóch członków Zarządu Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobywie S.A.

Jak wynika z treści pkt 2.10. SIWZ zatytułowanego „Informacja o stosowaniu procedury odwróconej” Zamawiający skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 24aa ust. 1PZP, tj. dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią Rozdziału 4.2.3. SIWZ zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 4.2.3.2. Wykonawca podaje cenę w Formularzu Oferty. W pkt 4.2.3.4. SIWZ zostało wskazane, że wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulacje ceny wg wymogów określonych w Formularzu Cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do Formularza Oferty.

W Rozdziale 4.5. SIWZ zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podanie znaczenia wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zostało wskazane w pkt 4.5.1. zatytułowanym „Przyjęte kryteria i przypisane wagi”:

Kryterium: Cena brutto oferty. Waga kryterium – 100%.

Do terminu składania ofert w postępowaniu złożono trzy oferty.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 09.11.2018 w siedzibie zamawiającego tj. w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37 (Budynek Zarządu - parter - Kancelaria Główna - pok. nr 5). Skutecznie złożone i dopuszczone do udziału w postępowaniu zostały trzy oferty.

Ofertę oznaczoną **numerem 1** opiewającą na kwotę **12.252.988,80 zł** złożyło konsorcjum firm: CGL sp. z o.o. ul. Cegielskiego 6, 32-400 Myślenice KRS: 0000503294 NIP: 681-205-67-55 (Lider konsorcjum) ZAKŁAD USŁUG ELEKTRO-MECHANICZNYCH, BUDOWLANYCH, HANDLOWYCH, TRANSPORTOWYCH I PROJEKTOWYCH "ZUE-MBHTiP" J.L. ul. Cegielskiego 8 32- 400 Myślenice, NIP: 681-000-17 21. Oferta złożona w dniu 09.11.2018 r. o godz. 8.40 (numer wpływu 1287).

Ofertę oznaczona **numerem 2** złożyło Konsorcjum JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) na kwotę **12.912.765,12 zł** (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12/100). Oferta złożona w dniu 09.11.2018 r. o godz. 9.45 (numer wpływu 1288). W formularzu cenowym (załącznik nr 1 do Formularza Oferty) została wskazana łączna wartość brutto 12.229.425,36 zł brutto. Do oferty dołączono ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium z wystawioną w Katowicach w dniu 08.11.2018 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

Ofertę oznaczona **numerem 3** złożyło Konsorcjum: RAFEN J.T., 41- 407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39,

(członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum) na kwotę **12.912.765,12 zł** (dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12/100). Oferta złożona w dniu 09.11.2018 r. o godz. 9.45 (numer wpływu 1289). W formularzu cenowym (załącznik nr 1 do Formularza Oferty) została wskazana łączna wartość brutto 10.933.436,16 zł brutto. Do oferty dołączono ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium z wystawioną w Katowicach w dniu 08.11.2018 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

Jak wynika z akt sprawy wykonawca M.T. prowadzący działalność pod firmą JUSTMAR złożył Zamawiającemu niedatowane pismo zawierające następujące wyjaśnienia:

Niniejszym pismem pragniemy złożyć wyjaśnienia dotyczące błędnie przesłanych plików JEDZ w postępowaniu nr 2018/TWD/TWD/03418/L/258/P/JW

W dniu 09.11.2018 r. o godzinie 8:50 zgodnie z wymaganiami SIWZ przesłaliśmy na adres email wskazany przez Zamawiającego wypełnione, podpisane certyfikowanym podpisem elektronicznym oraz zaszyfrowane formularze Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) wszystkich członków konsorcjum tj. firmy JUSTMAR T.M., Firmy Kopalnia Imielin Sp. z o.o. oraz ABG G.O.. Niestety otrzymaliśmy telefon z działu zakupów, informujący o problemach ze ściąganiem załączonych plików. Ponownie o godzinie 9:06 przesłaliśmy wypełnione formularze JEDZ do Zamawiającego. O godzinie 9:30 otrzymaliśmy potwierdzenie odbioru maila z adresu: j..was@tauron-wydobycie.pl

Niestety ok. godziny 9:45 otrzymaliśmy ponownie telefon z działu przetargów, z którego wynikało, iż nadal niemożliwe jest odebranie załączonych plików. Ponadto, poinformowano nas, że jeśli nie doślemy plików, które mogą zostać odczytane przez system TAURON, Zamawiający uzna, że nie spełniamy wymagań SIWZ. Niezależnie od tego w biurze firmy JUSTMAR wystąpiła awaria Internetu lub systemu, której naprawienie nie było możliwe w krótkim czasie.

Z uwagi na fakt, że termin składania ofert upływał o godzinie 10:00, a wyznaczony nam czas nieubłaganie dobiegał końca okazało się, że w zaistniałej sytuacji nie jesteśmy w stanie dostarczyć dokumentów w standardowy sposób. Aby uczynić zadość oczekiwaniom Zamawiającego musieliśmy więc zdecydować się na rozwiązanie, które odbiegało od standardu. Poprosiliśmy więc znajomą nam osobę, aby wysłała dokumentację w naszym imieniu. W tym celu udostępniliśmy jej dostęp do skrzynki pocztowej. Mając świadomość jak silnie sformalizowana jest procedura przetargowa, musieliśmy mieć pewność, że jest to osoba znająca tematykę ofertowania i mająca rozeznanie w zakresie konsekwencji omyłek popełnionych na tym etapie. Oczywiście wiedzieliśmy, że osoba ta (Zatrudniona jest w innej firmie działającej na tym samym rynku, lecz nie mieliśmy wiedzy na temat jej uczestnictwa w

niniejszym postępowaniu. Niestety działając w pośpiechu osoba ta załączyła jeden nieprawidłowy plik nie będący dokumentem naszego konsorcjum.

Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego przepisu (art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp) stanowczo podkreślamy, że pomiędzy którymkolwiek z wykonawców tworzących nasze konsorcjum a innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia nigdy nie doszło do zawarcia jakiegokolwiek porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Przesłanki wykluczenia (zarówno te mające charakter obligatoryjny, jak i fakultatywny), jako wywołujące najbardziej dotkliwe z punktu widzenia wykonawcy konsekwencje, muszą być interpretowane ściśle. Aby więc przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp mogła być zastosowana musi wystąpić rzeczywiste porozumienie pomiędzy wykonawcami. Tymczasem w analizowanej sytuacji do zawarcia takiego porozumienia nie doszło, mamy natomiast do czynienia ze zbiegiem okoliczności, które nie zostało jednak przez wykonawców zamierzone. Co szczególnie istotne nie sposób również uznać, że sytuacja ta mogła wpłynąć na zaistnienie zakłócenia konkurencji. Ponadto nie jest zaskakującą sytuacją, w której wykonawcy działający na tym samym rynku dobrze znają się między sobą (w szczególności jeśli mówimy o rynku lokalnym, jak w analizowanej sytuacji), Dlatego też ustawodawca nie zdecydował się na piętnowanie jakichkolwiek relacji (towarzyskich, rodzinnych, organizacyjnych etc.) pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o to samo zamówienie, dopóki nie zostanie wykazane, że pomiędzy nimi zawarto porozumienie mające wywołać negatywny wpływ na konkurencyjność postępowania.

Mamy więc do czynienia z sytuacją, która nie powinna być traktowana jako podstawa wykluczenia nas z postępowania. Po pierwsze nie doszło do zawarcia żadnego porozumienia, ani w sposób zamierzony, ani chociażby dorozumiany. Po drugie brak jest podstaw do uznania, że zaistniała sytuacja mogła w jakikolwiek sposób wpłynąć na zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami. Jakiegokolwiek domniemania czy nieuzasadnione przypuszczenia na temat rzekomego porozumienia nie powinny skłaniać Zamawiającego do podjęcia tak radykalnej decyzji jak wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Szanując prawo Zamawiającego do rozwiania wszelkich wątpliwości, wyrażamy gotowość do udzielenie dalszych wyjaśnień.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp dokonał sprostowania oferty oznaczonej numerem 2 i 3, czego skutkiem była zmiana kwoty **12.912.765,12 zł** na kwotę **12.229.425,36 zł** w przypadku Konsorcjum JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum), a także z kwoty **12.912.765,12 zł** na kwotę

10.933.436,16 zł w przypadku Konsorcjum RAFEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum).

Zamawiający pismem z dnia 23.11.2018 r. wezwał wykonawcę, który złożył ofertę oznaczoną numerem 3 (Lider Konsorcjum J.T. RAFHEN), do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W powyższym piśmie Zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający TAURON Wydobycie S.A. wzywa Wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 wstępnie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania o udzielenie Zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w temacie jw.

1) Przekazane mailem dnia 08.11.2018 r. oświadczenie - Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanym dalej JEDZ) nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę tj. członków konsorcjum: KANS-POL Sp. z o. o. oraz FHU DAMEKS D. T.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia JEDZ, zgodnie z zapisami pkt. 3.3.1. lit. c) oraz 3.3.2. siwz:

„3.3.1. c) Po stworzeniu lub wygenerowaniu przez wykonawcę dokumentu elektronicznego JEDZ, wykonawca podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne - podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie.

3.3.2 W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, JEDZ składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (zgodnie z art. 25a ust, 6 PZP), Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”.

2) Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w pkt. C ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA i ZAWODOWA ppkt 1b) nie zawiera wstępnego potwierdzenia że Wykonawca spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 3.1.1.3. SIWZ Zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca "każe się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należytą realizacją usług

związanych z usuwaniem i zagospodarowaniem osadów stałych (odpadów) lub innych materiałów o podobnym charakterze (piasek, ziemia, kamień, kruszywa), z podaniem ich wolumenu, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, Łączna wysokość wolumenu usług zrealizowanych przez Wykonawcę musi być nie mniejsza niż 220 000,00 Mg albo 350 000,00 ton”.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia JEDZ, zgodnie z art. 25a ust. 1 oraz zapisami pkt. 3 SIWZ.

3) Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia złożony przez Lidera konsorcjum: „RafHen” J.T. jest niekompletny, tj. nie zawiera wymaganych oświadczeń w zakresie pkt. B PODSTAWY ZWIĄZANE Z PŁATNOŚCIĄ PODATKÓW LUB SKŁADEK NA UBEZPIECZENIA SPOŁECZNE. W załączonym pliku pdf po stronie 5 brak właściwej strony 6 zawierającej wymagane ww. informacje.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia JEDZ, zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do siwz.

Wymagane oświadczenie JEDZ należy przesłać na adres email: zakupy@tauroo-wydobycie.pl opatrzone kwalifikowanym bezpiecznym podpisem, jednakże nie jest wymagane szyfrowanie dokumentu hasłem, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 29.11.2018 r. do godz. 10.00.

II. WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu.

Zamawiający w pkt. 33,6. SIWZ „Oświadczenia składane po otwarciu ofert” wymagał, aby Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art 24 PZP w terminie 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 PZP przekazał Zamawiającemu oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do grupy kapitałowej na formularzu stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ”.

Wykonawca przedłożył „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące przynależności do grupy kapitałowej (...) dotyczące Członka konsorcjum: KANS-POL Sp. z o. o, w formie kserokopii.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia wymaganego oświadczenia w oryginale podpisanego zgodnie z reprezentacją, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Wymagany dokument należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37 (Budynek Zarządu, Kancelaria Główna, parter, pok. nr 5) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 29.11.2018 r. do godz. 10:00,

Wykonawca ponosi ryzyko nie wpłynięcia dokumentów w terminie, w przypadku składania za pośrednictwem poczty lub firmy kurierskiej.

III. WEZWANIE DO ZŁOŻENIA PEŁNOMOCNICTWA

Zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wymaganego Pełnomocnictwa.

Wykonawca na str. 23 oferty przedłożył kopię Pełnomocnictwa z dnia 08.11.2018 r. od członka konsorcjum: KANS-POL Sp. z o. o. z siedzibą w Płazie.

Zamawiający w pkt. 4.2.24. SIWZ wymagał.

„Ofertę podpisuje osoba/y uprawniona/e do reprezentowania Wykonawcy (dalej jako „Osoby Uprawnione”) zgodnie z odpowiednim wpisem o reprezentacji Wykonawcy w stosownym dokumencie uprawniającym do występowania w obrocie prawnym lub udzielonym pełnomocnictwem. Wszystkie pełnomocnictwa składane są w formie oryginału lub odpisu poświadczonego za zgodność z oryginałem przez notariusza”.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia Pełnomocnictwa, zgodnie z zapisami pkt. 4.2.24. SIWZ.

Wymagane Pełnomocnictwo należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37 (Budynek Zarządu, Kancelaria Główna, parter, pok. nr 5) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 29.11.2018 r. do godz. 10:00.

Wykonawca ponosi ryzyko nie wpłynięcia dokumentów w terminie, w przypadku składania za pośrednictwem poczty lub firmy kurierskiej.

IV. INFORMACJA O POPRAWIE OCZYWISTEJ OMYŁKI PISARSKIEJ

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający — TAURON Wydobycie S.A. informuje o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej, w ofercie złożonej przez Wykonawcę.

W Formularzu ofertowym w pkt. B PARAMETRY OFERTY STANOWIĄCE KRYTERIA OCENY OFERT, ppkt. 1 (str. 4 oferty), została wskazana błędnie cyfrowo i słownie cena brutto wykonania zamówienia - niezgodnie z wyliczeniami zawartymi w Formularzu cenowym na str. 7 oferty.

W związku z powyższym Zamawiający poprawia oczywistą omyłkę pisarską, w formularzu ofertowym, w poniższy sposób:

BYŁO:

„1. Zamówienie zostanie przez nas wykonane za Cenę brutto 12 912 765, 12 PLN (słownie: dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12/100)”.

WINNO BYĆ:

„1, Zamówienie zostanie przez nas wykonane za Cenę brutto 10 933 436,16 PLN (słownie: dziesięć milionów dziewięćset trzydzieści trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych 16/100)”.

Zamawiający pismem z dnia 23.11.2018 r. wezwał wykonawcę, który złożył ofertę opatrzoną numerem 2 (Lider Konsorcjum M.T. JUSTMAR), do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W powyższym piśmie Zamawiający wskazał, co następuje.

I. WEZWANIE DO ZŁOŻENIA PEŁNOMOCNICTWA

Zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wymaganego Pełnomocnictwa.

Wykonawca na str. 38 oferty przedłożył kopię Pełnomocnictwa z dnia 07.11.2018 r. od członka konsorcjum: Kopalnia Imielin Sp. z o. o. z siedzibą w Imielinie.

Zamawiający w pkt. 4.2.24. SIWZ wymagał:

„Ofertę podpisuje osoba/y uprawniona/e do reprezentowania Wykonawcy (dalej jako „Osoby Uprawnione” zgodnie odpowiednim wpisem o reprezentacji Wykonawcy w stosownym dokumencie uprawniającym do występowania w obrocie prawnym lub udzielonym pełnomocnictwem. Wszystkie pełnomocnictwa składane są w formie oryginału lub odpisu poświadczonego za zgodność z oryginałem przez notariusza”.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia Pełnomocnictwa, zgodnie z zapisami pkt. 4.2.2.4. SIWZ.

Wymagane Pełnomocnictwo należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37 (Budynek Zarządu, Kancelaria Główna, parter, pok. Nr 5 w nieprzekraczalnym terminie do dnia 29.11.2018 r. do godz. 10:00.

Wykonawca ponosi ryzyko nie wpłynięcia dokumentów w terminie, w przypadku składania za pośrednictwem poczty lub firmy kurierskiej.

II. INFORMACJA O POPRAWIE OCZYWISTEJ OMYŁKI PISARSKIEJ

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający — TAURON Wydobycie S.A. informuje o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej, w ofercie złożonej przez Wykonawcę.

W Formularzu ofertowym w pkt. B PARAMETRY OFERTY STANOWIĄCE KRYTERIA OCENY OFERT, ppkt. 1 (str. 4 oferty), została wskazana błędnie cyfrowo i słownie cena brutto wykonania zamówienia - niezgodnie z wyliczeniami zawartymi w Formularzu cenowym na str. 7 oferty.

W związku z powyższym Zamawiający poprawia oczywistą omyłkę pisarską, w formularzu ofertowym, w poniższy sposób:

BYŁO:

„1. Zamówienie zostanie przez nas wykonane za Cenę brutto 12 912 76512 PLN (słownie: dwanaście milionów dziewięćset dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych 12/100)”.

WINNO BYĆ:

„f. Zamówienie zostanie przez nas wykonane za Cenę brutto 12 229 425,36 PLN (słownie: dwanaście milionów dwieście dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta dwadzieścia pięć złotych 36/100)

Przystępujący pismem z dnia 28.11.2018 r. złożył oświadczenie woli, że wyraża zgodę na poprawienie przez Zamawiającego omyłki pisarskiej. Wykonawca, który złożył ofertę oznaczoną numerem 3 (Lider Konsorcjum J.T. RafHen) pismem z dnia 29.11.2018 r. złożył uzupełnienie dokumentów wnioskowanych przez Zamawiającego oraz złożył oświadczenie, iż wyraża zgodę na poprawę omyłki pisarskiej.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności znajdującego się w aktach postępowania zawiadomienia o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję skierowanego do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”) „(...) wykonawca składający ofertę nr 3 (Lider Konsorcjum J.T. RafHen) nie uzupełnił prawidłowo dokumentu JEDZ – brak podpisów elektronicznych członków Konsorcjum, co Zamawiający uznał za jednoznaczne z nie złożeniem dokumentu i na tej podstawie wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania” (str. 4 ww. zawiadomienia do Prezesa UOKiK).

Następnie Zamawiający pismem z dnia 05.12.2018 r. skierowanym do p. M.T. (JUSTMAR) wezwał Konsorcjum reprezentowane przez tego wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W piśmie tym wskazał, co następuje.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający — TAURON Wydobycie S.A. wzywa Wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 wstępnie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania o udzielenie Zamówienia Publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w temacie jw.

1) Przekazane mailem dnia 09.11.2018 r. oświadczenie Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanym dalej JEDZ) nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę tj. członka konsorcjum: Kopalnia Imielin Sp. z o.o. z siedzibą w Imielinie, zgodnie z reprezentacją — przez Prezesa Zarządu.

JEDZ złożony elektronicznie został podpisany przez Panią M.M.B., dla której nie dołączono w ofercie stosownego pełnomocnictwa, do jednoosobowego podpisania JEDZ.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia: zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy PZP pełnomocnictwa do jednoosobowego podpisania JEDZ przez Panią M.M.B., lub

przedmiotowego oświadczenia JEDZ, zgodnie z zapisami pkt. 3.3.1. lit, c) oraz 3.3.2. SIWZ:
„3.3.1. c) Po stworzeniu lub wygenerowaniu przez wykonawcę dokumentu elektronicznego JEDZ, wykonawca podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne - podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie. 1

3.3.2 W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, JEDZ składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (zgodnie z art. 25a ust 6 PZP). Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”.

2) Przekazane mailem dnia 09.11.2018 r. oświadczenie — Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanym dalej JEDZ), Konsorcjum firm nie zawiera dokumentu JEDZ członka konsorcjum: ABG G.O. z siedzibą w Chorzowie.

Wykonawca przesłał JEDZ należący do innej firmy — KANS-POL Sp. z o. o, z siedzibą w Płazie (konkurencji).

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia JEDZ przez członka konsorcjum: ABG G.O., zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp oraz zapisami pkt. 3.3.1. i 3.3.2. SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający na mocy art. 26 ust. 3 w nawiązaniu do art. 24 ust. 1 pkt 20 ustaw PZP wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień W jaki sposób wszedł w posiadanie dokumentu JEDZ konkurencji. który przesłał do Zamawiającego,

3) Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w pkt. A KOMPETENCJE pkt 2) nie zawiera wstępnego potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 3.1 .1.1. SIWZ:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada:

3.1.1.1.1, licencję na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy, o której mowa w art. 43 ustawy 28 maja 2003 o transporcie kolejowym lub licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, o której mowa w art. 5 ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym;

3.1.1.1.2. zdolność płąwną do gospodarowania odpadami o kodzie OI 04 12 odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalni inne niż wymienione w kodach OI 04 07 i OI 04 11, zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 14.12.2012 r, o odpadach;

3.1.1.1.3. numer rejestrowy w „Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami” (BDO) potwierdzający posiadanie zdolności do gospodarowania odpadami oraz transportu odpadów”.

Przedstawiony przez Wykonawcę JEDZ w ppkt. A ppkt. 2) nie zawiera oświadczeń na spełnienie przedmiotowego warunku (brak wskazania nr licencji na przewozy towarów, brak nr BDO).

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia JEDZ, zgodnie z art. 25a ust. 1 oraz zapisami pkt. 3.3.1. i 3.3.2 siwz

4) Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w pkt. C ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA i ZAWODOWA ppkt 1b) nie zawiera wstępnego potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 3.1.1 SIWZ Zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie, należytą realizacją usług związanych z usuwaniem i zagospodarowaniem osadów stałych (odpadów) lub innych materiałów o podobnym charakterze (piasek, ziemia, kamień, kruszywa), z podaniem ich wolumenu, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Łączna wysokość wolumenu usług zrealizowanych przez Wykonawcę musi być nie mniejsza niż 220 000.00 m³ a1bo 350 000 00 ton”.

Przedstawiony przez Wykonawcę wykaz zrealizowanych usług w ppkt. C ppkt. 1b) JEDZ, nie jest zgodny z wymaganiami zawartymi w pkt. 3,1.1.3. SIWZ (wykaz wartościowy, a nie ilościowy).

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia JEDZ, zgodnie z art. 25a ust. 1 oraz zapisami pkt. 3.3.1. i 3.3.2 siwz.

II. WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów j.n..

Zamawiający w pkt. 3.3.6. SIWZ „Oświadczenia składane po otwarciu ofert” wymagał, aby Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 PZP w terminie 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 PZP przekazał Zamawiającemu oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do grupy kapitałowej na formularzu stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ”.

Wykonawca przedłożył „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące przynależności do grupy kapitałowej dotyczące Członka konsorcjum: Kopalnia Imielin Sp. z o. o. oraz ABG G.O. w formie kserokopii.

Jak wynika z protokołu cząstkowego nr 5 posiedzenia Komisji Przetargowej (pismo z dnia 17.12.2018 r.) w ofercie nr 2 (Lider M.T. JUSTMAR) została poprawiona omyłka pisarska dając ostatecznie kwotę 12.229.425,36 zł brutto, zaś Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu z postępowania. Ofercie tej przyznano łącznie 89,40 punktów. Oferta Odwołującego otrzymała łącznie 89,23 punktu. Oferta nr 3 (Lider Konsorcjum J.T. RAFHEN) została odrzucona.

Zamawiający pismem z dnia 21.12.2018 r. wezwał Przystępującego do przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium.

Przystępujący pismem datowanym na dzień 27.12.2018 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 27.12.2018 r. – rejestracja pod numerem 1433) złożył oświadczenie woli, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 08.03.2019 r. z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. W aktach postępowania znajduje się ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium z dnia 21.12.2018 r. obejmująca okres od dnia 09.01.2019 r. do dnia 08.03.2019 r. z datą jej wniesienia w dniu 21.12.2018 r. o godz. 14.36.

W aktach sprawy znajduje się również oświadczenie woli Odwołującego z dnia 03.01.2019 r. (data wpływu do Zamawiającego w dniu 07.01.2019 r.) o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium.

Przystępujący pismem z dnia 15.01.2019 r. złożył Zamawiającemu następujące wyjaśnienia.
W odpowiedzi na pismo nr referencyjny: 2018/TWD/TWD/03418/L/258/P/JW z dnia 10.01.2019 r. przedstawiamy wyjaśnienia w sprawie złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Ad. a) Dokumentację tj. formularze JEDZ w imieniu konsorcjum Firm: Lider JUSTMAR T.M., Członek: Kopalnia Imielin Sp. z o.o., ABG G.O. w pierwszej kolejności przesyłała Pani B.W. pracownik firmy JUSTMAR T.M.. Z uwagi na problem ze strony Zespołu Zakupów grupy TAURON Wydobyć z pobraniem i otworzeniem załączników przesłanych przez Naszą Firmę i problemy techniczne z naszej strony zadzwoniono do znajomej osoby z prośbą o pilną pomoc w przesłaniu dokumentów do Zamawiającego w terminie wyznaczonym w SIWZ. Drugi raz JEDZ naszej firmy wysłał Pan M.J..

Ad. b) Pan M.J. zatrudniony jest w firmie OL-MAT TRANS G.J.

Ad. c) Pan M.J. nie zajmuje się przygotowaniem ofert w firmie w której jest zatrudniony. Pan J. nie zna prawa zamówień publicznych nie uczestniczy w postępowaniach przetargowych. Jest jedynie osobą biegłą w obsłudze komputera, programów komputerowych.

Ad. d) Pan M.J. jako osoba życzliwa, chcąc pomóc zrobić to na własną rękę nie informując na etapie poczynań swojego pracodawcy o pomocy innym firmom w przesłaniu dokumentów drogą elektroniczną. Zaznaczyć trzeba że dokumenty JEDZ nie zawierają informacji tajnych jak również nie zawierają cen oraz innych elementów mogących wpłynąć na wybór wykonawcy. Stanowią jedynie wstępne poświadczenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ad. e) Pan M.T. jest w związku „małżeńskim z Panią J.T.. Od 2012 r. posiadają rozdzielność majątkową. Pani J.T. od roku 2013r prowadzi własną działalność gospodarczą pod nazwą Rafhen J.T.. Obie firmy działają na lokalnym rynku nie są ze sobą powiązane nie jednokrotnie ze sobą konkurują na wielu płaszczyznach.

Ad. f) Pan M.T. jest właścicielem firmy JUSTMAR T. M. Pan D. T. jest bratem Pana M.T. i od 2008 r. prowadzi własną działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U DAMEKS D.T.. Firmy prowadzą odrębne interesy i konkurują na rynku również w postępowaniach publicznych. W sprawach biznesowych obie firmy nie łączą żadne relacje.

Przystępujący wraz z pismem z dnia 05.02.2019 r. złożył kopię zawiadomienia o dokonaniu wpisu do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (zawiadomienie z dnia 16.05.2018 r. wystawione na rzecz Kopalni Imielin Spółka z o.o. – członka Konsorcjum).

W aktach postępowania zamieszczone zostało zawiadomienie z dnia 11.02.2019 r. o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję skierowane do Prezesa UOKiK. Zostało ono podpisane przez dwóch członków Zarządu i zawiera m.in. następujące informacje:

Nazwa: Usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobywanie S.A.

Numer: 2018/ND/ND/03418/L/258/P/JW

Typ: Zamówienie Publiczne

Data wszczęcia postępowania: 16.10.2018

Data składania ofert: 09.11.2018 godz. 10.00

Miejsce ogłoszenia postępowania: witryna TED i Platforma Zakupowa GRUPY TAURON

Wykonawcy:

- 1) Konsorcjum firm: Lider: CGL Sp. z o. o., 32-400 Myślenice, ul. Cegielskiego 6
Członek: Zakład Usług Elektro-Mechanicznych, Budowlanych, Handlowych, Transportowych i Projektowych „ZUE-MBHTiP” J.L., 32-400 Myślenice, ul. Cegielskiego 8
- 2) Konsorcjum firm: Lider: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31
Członek: Kopalnia Imielin Sp. z o. o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70c
Członek: ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6
- 3) Konsorcjum firm: Lider: RAFHEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39
Członek: FHU DAMEKS D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39
Członek: KANS-POL Sp. z o. o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43

2. wskazanie przedsiębiorców podejrzanych o zмовę przetargową :

Konsorcjum firm:

- Lider: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31
Członek: Kopalnia Imielin Sp. z o. o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70c
Członek: ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6

Konsorcjum firm:

- Lider: RAFHEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39
Członek: FHU DAMEKS D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39
Członek: KANS-POL Sp. z o. o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43

3. opis domniemanej zмовы przetargowej (na czym polega proszę zaznaczyć właściwą odpowiedź):

- a) wykonawcy uzgodnili cenę lub inne warunki składanych ofert;
b) wykonawcy uzgodnili, który z nich nie weźmie udziału w przetargu; wycofa złożoną już ofertę lub złoży ofertę wadliwą (podlegającą odrzuceniu)

1) Wykonawcy składający ofertę nr 2 i 3 złożyli oferty cenowe na taką samą wartość brutto tj.: 12 912 765,12 zł - stanowiące oczywiste omyłki pisarskie. Zamawiający dokonał poprawy oczywistych omyłek pisarskich w formularzach ofertowych Wykonawców, zgodnie z cenami zawartymi w Formularzach cenowych (tj. wynikające z poprawnego przeliczenia cen jednostkowych i ilości), co wpłynęło na zmianę rankingu złożonych ofert.

2) Zgodnie z zapisami SIWZ pkt. 2.10. Komisja skorzystała z możliwości przewidzianej w art. 24aa ust. 1 PZP, tj. dokonała oceny ofert, a następnie badała, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

3) Zamawiający dokonał badania oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę nr 3 oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), stwierdzając następujące braki:

- JEDZ Członków Konsorcjum tj. KANS-POL Sp. z o.o. i F.H.U. DAMEKS D, T. nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- JEDZ nie zawiera wstępnego potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
- JEDZ Lidera Konsorcjum RAFHEN J.T. jest niekompletny tj. nie zawiera wymaganych oświadczeń w zakresie pkt. B - Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne;
- Członek Konsorcjum KANS-POL Sp. z o.o. przedstawił „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące przynależności do grupy kapitałowej” w formie kserokopii;
- Członek Konsorcjum KANS-POL Sp. z o.o. przedstawił kopię Pełnomocnictwa z dnia 08.11.2018 dotyczącego zawarcia umowy konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia

Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca nr 3 został wezwany do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictwa (załącznik nr 1 - Pisma do Wykonawcy nr 2 i 3 z dnia 23.11.2018 - pkt. Wezwania do uzupełnień).

Wykonawca W wymaganym terminie NIE UZUPEŁNIŁ prawidłowo JEDZ - brak podpisów elektronicznych członków konsorcjum, co jest równoznaczne z nie złożeniem dokumentu i na tej podstawie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

4) W związku z powyższym Zamawiający dokonał badania oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę nr 2 - kolejnej w rankingu - oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), stwierdzając następujące braki:

- JEDZ nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z reprezentacją przez Prezesa Zarządu - Kopalnia Imielin Sp. z o.o. - Członka Konsorcjum;
- przesłany mailem skompresowany plik JEDZ Wykonawcy nr 2 nie zawiera JEDZ członka konsorcjum ABG G.O., tylko dokument należący do innego Wykonawcy firmy KANS-POL Sp. z o. o. (oferta nr 3);
- JEDZ nie zawiera wstępnego potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji oraz zdolności technicznej i zawodowej;
- Członkowie Konsorcjum Kopalnia Imielin Sp. z o.o. i ABG G.O. przedstawili „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące przynależności do grupy kapitałowej ” w formie kserokopii.

Jak wskazał Zamawiający w ww. piśmie biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca nr 2 został wezwany do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw oraz złożenia wyjaśnień (załącznik nr 2 - Pismo do Wykonawcy nr 2 z dnia 05.12.2018 -wezwanie do uzupełnienia). Wykonawca w dniu 12.12.2018 r. złożył stosowne dokumenty i tym samym uzupełnił braki w ofercie i

wyjaśnił jak wszedł w posiadanie JEDZ Wykonawcy nr 3 (załącznik nr 3 - Pismo od Wykonawcy nr 2 z dnia 12.12.2018 wraz z wyjaśnieniem dotyczącym błędnie przestanych plików JEDZ).

5) W związku z zaistniałą sytuacją oraz wątpliwościami co do złożonego wyjaśnienia przesłania JEDZ członka konsorcjum KANS-POL Sp. z o. o. zamiast firmy ABG Komisja Przetargowa zwróciła się do Radcy Prawnego o opinię w zakresie znamion nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią opinii (Załącznik nr 4): istnieje uzasadnione podejrzenie dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym rekomendowane jest wezwanie Konsorcjum firm. JUSTMAR M.T., Kopalnia Imielin Sp. z o. o., ABG G.O. do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe wystosowano, zgodnie z rekomendacją Radcy, wezwanie do złożenia wyjaśnień Wykonawcy: Konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., Kopalnia Imielin Sp. z o. o., ABG G.O.. Wykonawca dnia 15.01.2019 r. złożył wymagane wyjaśnienia.

Dnia 18.01.2019 r. Komisja Przetargowa ponownie zwróciła się do Radcy o opinię prawną w zakresie podstaw odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum reprezentowane przez JUSTMAR M.T. w świetle zebranej dokumentacji.

Zgodnie z treścią opinii Radcy Prawnego z dnia 21.01.2019 r. (Załącznik nr 7): „ze zgromadzonej w postępowaniu dokumentacji nie wynika jednoznacznie, że konsorcjum wykonawcy, reprezentowane przez JUSTMAR M.T., dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji. Całościowa analiza zdarzeń pozwala wysunąć wniosek, iż mogło dojść do czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zмовы przetargowej. Wniosek taki opiera się jednak na poszlakach, a nie twardych dowodach. W przypadku sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą argumentacja TAURON Wydobywanie S.A. może jednak okazać się niewystarczająca.

Zachodzi zatem wątpliwa możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, co szczególnie w przypadku niedookreślonych przesłanek może być trudne. Można uznać, iż możliwości zamawiającego są w tym zakresie niewielkie. ”

W związku z powyższym Wykonawca Konsorcjum firm: JUSTMAR M.T., Kopalnia Imielin Sp. z o. o., ABG G.O. zostanie wezwany do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

4. przedstawienie dodatkowych okoliczności oraz dowodów bezpośrednich lub pośrednich mogących wskazywać na zмовę przetargową, np.

a) informacje na temat ofert przedsiębiorców, których dotyczy podejrzenie:

treść ofert (proszę zaznaczyć właściwą odpowiedź):

- duża różnica w cenie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą, a innymi ofertami;

forma ofert (proszę zaznaczyć właściwą odpowiedź):

- jednakowe błędy obliczeniowe, ortograficzne, gramatyczne, lub stylistyczne zawarte w ofertach lub pismach;

- jednakowy wygląd graficzny ofert lub pism;

inne [opis]: jednakowy wygląd opisu kopert, ta sama godzina złożenia ofert w kancelarii.

1) Wykonawcy składający ofertę nr 2 i 3 złożyli oferty cenowe na taką samą wartość brutto tj. 12 912 765,12 zł stanowiące oczywiste omyłki pisarskie. Zamawiający dokonał poprawy oczywistych omyłek pisarskich w formularzach ofertowych Wykonawców, zgodnie z cenami zawartymi w Formularzach cenowych (tj. wynikające z poprawnego przeliczenia cen jednostkowych i ilości), co wpłynęło na zmianę rankingu złożonych ofert:

- Pozycja - Wykonawca nr 3 z ceną brutto 10 933 436.16 PLN.

- Pozycja 2 -- Wykonawca nr 2 z cena brutto 12 229 425,36 PLN,

- Pozycja 3 - Wykonawca nr 1 z cena brutto 12 252 988,80 PLN (bez zmian).

Różnica między ofertą najkorzystniejszą, a ofertą drugą w rankingu wynosi 1 295 989,20 zł.

2) W przedmiotowym postępowaniu podstawą ustalenia szacunkowej wartości zamówienia była oferta proforma z dnia 05.07.2018 r. z Firmy JUSTMAR T.M.. Zgodnie z ofertą Zamawiający do kalkulacji przyjął cenę jednostkową 55,00 zł za wybranie i zagospodarowanie 1 m³ odpadu. (załącznik nr 5 - Oferta proforma z dnia 05.07.2018 r.).

Wykonawcy przedstawili następujące ceny jednostkowe:

- Wykonawca nr 1 - cena 52,00 zł/m³

- Wykonawca nr 2 - cena 51,90 zł/m³

- Wykonawca nr 3 - cena 46,40 zł/m³

Do dnia 28.02.2019 r. realizowana jest analogiczna usługa przez Konsorcjum Firm JUSTMAR T.M. (Lider) i W. Z Firma Handlowa „TRANSBUDWULKAN” (członek) za 47,50 zł/m³.

Cena jednostkowa z oferty Wykonawcy nr 3 zbliżona jest do ceny z obecnie realizowanej umowy, jednak w porównaniu do cen jednostkowych w ofertach Wykonawcy nr 1 i 2 jest niższa.

3) Oczywiste omyłki pisarskie w ofercie nr 2 i 3 zawarte w Formularzach ofertowych są identyczne.

Oferty zostały złożone w kancelarii TWD SA dnia 09.11.2018 r. o tej samej godzinie

Koperty zostały opisane w tej samej formie (wygląd, układ, czcionka) - Załącznik nr 6.

Formularze ofertowe podobnie - Załącznik nr 7.

b) informacje na temat cech przedsiębiorców, których dotyczy podejrzenie (proszę zaznaczyć właściwą odpowiedź): - więzy rodzinne;

Wyjaśnienia:

Zgodnie z sugestią Kancelarii Radcy Prawnego Komisja Przetargowa w dniu 10.01.2019 r. zwróciła się do Wykonawcy nr 2 o doprecyzowanie wyjaśnień złożonych w dniu 12.12.2018 r. (załącznik nr 8 - Pismo do Wykonawcy z dnia 10.01.2019 r.). W odpowiedzi na w/w pismo Wykonawca nr 2 udzielił następujących wyjaśnień (załącznik nr 9 – Wyjaśnienia Wykonawcy nr 2 z dnia 15.01.2019 r.):

Pan M.T. i Pani J.T. są w związku małżeńskim od dnia 17.07.2007 r., a od 04.10.2012 r. ustanowili w zakresie stosunków majątkowych w ich małżeństwie rozdzielność majątkową. Pan M.T. i Pan D.T. są rodzeństwem.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Komisja Przetargowa ponownie zwróciła się do Radcy Prawnego o opinię prawną, czy w świetle posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji oraz złożonych wyjaśnień można odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Opinia Radcy stanowi Załącznik nr 10.

Zamawiający pismem z dnia 14.02.2019 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując następujące uzasadnienie dokonanej czynności:

Zamawiający - TAURON Wydobywanie S.A. w Jaworznie, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, niniejszym pismem informuje o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu o udzielenie Zamówienia Publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa wykonania robót w zakresie usunięcia i zagospodarowania osadu z osadnika wód dołowych BIAŁY BRZEG dla TAURON Wydobywanie S.A.”, złożonej przez Wykonawcę:

Konsorcjum firm:

Lider: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31

Członek: Kopalnia Imielin Sp. z o. o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70c Członek• ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6

Uzasadnienie:

Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w S/WZ i nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Złożona oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z powyższym została wybrana jako najkorzystniejsza wg przyjętego kryterium oceny ofert 100% „cena brutto oferty”, uzyskując największą ilość punktów.

II. INFORMACJA O WYKONAWCACH WYKLUCZONYCH Z POSTĘPOWANIA ORAZ O OFERTACH ODRZUCONYCH

Zamawiający - TAURON Wydobywanie S.A. w Jaworznie, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, niniejszym pismem

informuje, iż w postępowaniu o udzielenie Zamówienia Publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. jw., wykluczono Wykonawcę i odrzucono ofertę:

Konsorcjum:

RAFHEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39

FHU DAMEKS D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39

KANS-POL Sp. z o. o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43

Podstawa Prawna art. 24 ust. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, któremu nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...), lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”

Uzasadnienie faktyczne

Pismem z dnia 23.11.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia min. dokumentu JEDZ podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym z jednoczesnym wstępnym potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 29.11.2018 r. przedłożył ponownie dokument JEDZ nie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez członków konsorcjum.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba za konieczne uznała odniesienie się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego związanej ze sposobem sformułowania zarzutów przez Odwołującego. Zamawiający na etapie rozprawy wskazywał m.in., „(...) że zarzuty nie są sprecyzowane i trudno się do nich odnieść.” Przystępujący zaś wskazał, że: „(...) konstrukcja zarzutów ogranicza się do przywołania niektórych okoliczności faktycznych i wskazania przepisów, gdzie nie wszystkie z nich mają zastosowanie do tych okoliczności. Zdaniem Przystępującego dopiero na rozprawie dowiedział się w czym w zasadzie Odwołujący

upatruje nieprawidłowości w czynach Zamawiającego. Zdaniem Przystępującego zarzuty powinny być tak sprecyzowane aby przeciwnicy mogli podjąć rzeczowa polemikę z nimi.”

Odnosząc się do ww. twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, posiłkując się wieloletnim dorobkiem orzecznictwem, wskazać należy, że zarzut jako taki powinien wskazywać czynność, bądź zaniechanie podmiotu zamawiającego (w tym wypadku było to zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i na skutek powyższego wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej), stanowiące podstawę faktyczną zarzutu oraz jego podstawę prawną w postaci wzorca kontroli działań Zamawiającego (w tym wypadku doszło do tego m.in. przez przywołanie naruszonego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Jednocześnie odwołanie powinno zawierać uzasadnienie, które w tym wypadku powinno określać jak podmiot zamawiający powinien postąpić w ustalonym stanie faktyczny i na czym polega nieprawidłowość jego działań.

W ramach uwzględnionego przez Izbę zarzutu Odwołujący podniósł w treści odwołania „(...) że należy również z całą stanowczością wskazać, iż z analizy dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego wywnioskować należy, iż zachodzi domniemanie nieuczciwej konkurencji, w skutkiem czego Zamawiający co najmniej powinien dokonać szczegółowej analizy i powiązań kapitałowo - osobowych pozostałych podmiotów. W toku prowadzonego postępowania Zamawiający powziął wiadomości, iż konsorcjum firm: JUSTMAR M. T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) oraz konsorcjum firm: RAFEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum) posiadały wiedzę o wzajemnej dokumentacji ofertowej. Zachodzi tym samym domniemanie, iż pomiędzy podmiotami mogło dochodzić do ustalania treści ofert i działanie tych podmiotów nie było konkurencyjne a nakierowane na osiągnięcie wspólnego celu. Zamawiający nie dokonał szczegółowej analizy sprawy i nie przeprowadził szczegółowego audytu (opierając się wyłącznie na oświadczeniach i wyjaśnieniach stron, które są przecież zainteresowane indywidualnym pozytywnym skutkiem) wykonawców którzy mogli pozostawać w zмовie cenowej. Tym samym naruszony został art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.” (podkreślenie Izby).

W ocenie Izby powyższe jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzut taki został właściwie postawiony i umożliwia on dokonanie przez Izbę jego merytorycznego rozpoznania – a tym samym dokonanie weryfikacji poprawności działań Zamawiającego.

W tak zakreślonych tezach odwołania i wskazanych okolicznościach faktycznych Izba, dokonując szczegółowej analizy dokumentacji postępowania, nie miała żadnych trudności w identyfikacji motywów wniesienia odwołania, w tym uznania przez Odwołującego, że mogło dojść do czynu nieuczciwej konkurencji będącej wynikiem złożenia oferty przez Przystępującego w porozumieniu z innym uczestnikiem przetargu. Izba nadto zarzuty związane z poprawieniem w ofertach przez Zamawiającego omyłek i zarzut odnoszący się do czynu nieuczciwej konkurencji powiązała ze sobą uznając, że kwestia popełnienie tych omyłek była wpisana w czyn nieuczciwej konkurencji, tj. stanowiła ona element manipulacji przez Przystępującego i trzeciego z oferentów postępowaniem.

Co do twierdzeń Przystępującego o braku przypisania kwalifikacji prawnej przez Odwołującego w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, że postępowanie odwoławcze opiera się na zasadach mających swoje źródło w przepisach postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp *„Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.”*

Przepisy regulujące postępowanie cywilne nie obligują powoda do wskazania podstawy prawnej dochodzonego roszczenia. Zakres rozpoznania sprawy cywilnej wyznacza podstawa faktyczna (podkreślenie Izby), określona przez powoda. Zgodnie z art. 187 § 1 ustawy Kodeks postępowania cywilnego pozw powinien czynić zadość warunkom pisma procesowego, a nadto zawierać w szczególności przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (podkreślenie Izby). Jak wynika z doktryny przytoczenie w pozwie podstawy prawnej dochodzonego roszczenia nie jest obligatoryjnym elementem pozwu, ale często powód chcąc już na tym etapie postępowania przekonać sąd, że ma rację, przytacza podstawę prawną dochodzonego roszczenia - takie przytoczenie podstawy prawnej nie jest jednak wiążące ani dla powoda ani też dla sądu.

Na podstawie analizy orzecznictwa sądowego można dojść do przekonania, że *obowiązkiem sądu jest wprawdzie wyjaśnienie wskazanych w pozwie podstaw żądania, jednakże w każdym przypadku sąd będzie działać jedynie w ramach przytoczonych przez profesjonalnego pełnomocnika podstaw faktycznych powództwa. Powód zgodnie z zasadą iura novit curia nie jest zobowiązany do przytoczenia podstawy prawnej roszczenia. Jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione w całości bądź w części, to należy go w takim zakresie uwzględnić, chociażby powód nie wskazał podstawy prawnej albo przez niego przytoczona okazała się błędna* (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2006 r., IV CSK 269/06, LEX nr 233045).

Stąd też Izba rozpoznając odwołanie jest zobligowana w ramach swojej kognicji do subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego do właściwych wzorców kontroli w postaci przepisów ustawy Pzp, jak również przepisów powiązanych z nią ustaw i dokonania w tym wypadku procesu stosowania prawa celem rozpoznania zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba w niniejszym składzie w ramach merytorycznego rozpoznania odwołania dokonała takich ustaleń uznając, że zarzuty zawarte w odwołaniu potwierdziły się w części. Za zarzut zasługujący na uwzględnienie, w oparciu o stan faktyczny wynikający z dokumentacji postępowania (akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby Zamawiający miał pełne podstawy do wyeliminowania tej oferty z postępowania przy uwzględnieniu całości okoliczności faktycznych stwierdzonym w toku procesu badania i oceny ofert.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy ustalił stan faktyczny i zidentyfikował nieprawidłowości w działaniach obu wykonawców, jednakże nie podjął przewidzianych prawem działań, tj. zaniechał wykluczenia obu wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Na tym etapie postępowania, tj. po zaniechaniu prawidłowego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę, który złożył ofertę oznaczoną numerem 3 (czym doprowadził do wyeliminowania swojej oferty z postępowania), Odwołujący prawidłowo postawił zarzut zaniechania zastosowania wobec Przystępującego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i prawidłowo sformułował żądanie wnosząc o odrzucenie oferty tego wykonawcy.

1. W ramach zarzutu związanego ze sprostowaniem w ofertach wykonawców JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum) – **oferta nr 2**, a także konsorcjum firm: RAFEN J.T., 41- 407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum) – **oferta nr 3** omyłek (oczywistych omyłek pisarskich) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zarzut ten jest ściśle związany z zarzutem z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i dzieląc jego los zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności w zakresie tego zarzutu wskazać należy, że zgodnie z treścią załączników do SIWZ wykonawcy mieli przenieść cenę wycieczoną w formularzu cenowym

(załącznik nr 1 do Formularza Oferty) do sekcji B formularza ofertowego (Parametry oferty stanowiące kryteria oceny ofert), gdzie widniała wzmianka o treści „Sposób wyliczenia ceny brutto przedstawia Formularz Cenowy stanowiący Załącznik nr 1 do Formularza Oferty. Ceny powinny być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Jednakże, w ocenie Izby, rozbieżności pomiędzy ceną wyliczoną w formularzu cenowym a wskazaną w formularzu ofertowym nie sposób zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej. Nie jest to również omyłka rachunkowa, czy też inna omyłka powodująca niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Mamy tu bowiem do czynienia ze specyficzną sytuacją polegającą na wariantowym określeniu ceny ofertowej, a więc tego elementu, który odnosi się do sfery oświadczenia woli wykonawcy. Oświadczenie woli wykonawcy nie może być bowiem dowolnie modyfikowane przez podmiot zamawiający w toku postępowania. Aby taka możliwość zaistniała musi być spełnione szereg przesłanek, w tym do najistotniejszych z nich należy zaliczyć przesłankę, aby podmiot zamawiający mógł samodzielnie i w sposób jednoznaczny ustalić jaką treść oświadczenia woli wykonawca mógłby złożyć w toku składania oferty w stosunku do treści SIWZ. Jeżeli jednak SIWZ nie zawiera postanowień w danym zakresie, a taka sytuacja ma miejsce w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia wykonawcy, ingerowanie w jego wysokość musi opierać się na jasnych i jednoznacznych przesłankach (np. może być skutkiem poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych). Z taką jednak sytuacją nie mieliśmy do czynienia w niniejszym wypadku. Dwaj wykonawcy w toku postępowania złożyli bowiem dwa niezależne oświadczenia odnoszące się do wysokości ich wynagrodzenia.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że nie bez znaczenia pozostaje kwota wskazana przez wykonawców, którzy złożyli oferty o numerach 2 i 3, w treści formularza ofertowego. W ocenie Izby taki sposób skonstruowania obu tych ofert otwierał obu wykonawcom drogę do manipulacji postępowaniem i niejako dopasowania swoich oświadczeń w zależności od zastanej w toku postępowania sytuacji, w tym w szczególności w zależności od rankingu ofert (przy jednym kryterium oceny ofert jakim była cena ofertowa). Stąd też Zamawiający, niezależnie od charakteru stwierdzonych rozbieżności w formularzach cenowym i ofertowym, w tych konkretnych okolicznościach związanych ze stwierdzeniem wystąpienia pomiędzy oferentami, którzy złożyli oferty oznaczone numerami 2 i 3, zmowy przetargowej winien był wstrzymać się od dokonanych poprawek, gdyż w ten sposób umożliwił im realizację zamiaru w postaci manipulacji przebiegiem postępowania.

Mając na uwadze powyższe zarzut ten dzieli los uwzględnionego zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – a więc również zasługuje on na uwzględnienie.

2. W zakresie zarzutu odnoszącego się do terminu obowiązywania gwarancji wadialnej wskazać należy, że dokonane przez Izbę ustalenia faktyczne pozwalają na przyjęcie, iż

zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła bowiem, że Przystępujący złożył wraz z ofertą ubezpieczeniową gwarancję wadialną obejmującą okres od dnia 09.11.2018 r. do dnia 08.01.2019 r. W wyniku wezwania Zamawiającego (pismo z dnia 21.12.2018 r.) do przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium Przystępujący pismem z dnia 27.12.2018 r. (wpływ do Zamawiającego w tym samym dniu) złożył oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania oferta do dnia 08.03.2019 r. Jednocześnie w dniu 21.12.2018 r. złożył Zamawiającemu nowy dokument ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej obejmujący okres od dnia 09.01.2019 r. do dnia 08.03.2019 r.

Tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

3. W zakresie zarzutu odnoszącego się do braku przedstawienia przez Przystępującego informacji w sprawie licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego (decyzja na zbieranie odpadów o kodzie 01 04 12, zawiadomienia o dokonaniu wpisu do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami - BDO) Izba wskazuje, że informacje w tym zakresie zostały przez Przystępującego zawarte w dokumencie JEDZ. Nadto Przystępujący pismem z dnia 05.02.2019 r. złożył zawiadomienie o dokonaniu wpisu do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (pismo z dnia 16.05.2018 r. znak OS.GO.7245.162.2018).

Stąd powyższy zarzut również nie zasługiwał na uwzględnienie.

4. W zakresie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odnoszącego się do czynu nieuczciwej konkurencji obejmującego znowę przetargową pomiędzy dwoma wykonawcami, którzy złożyli oferty o numerach 2 i 3 Izba uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do stanowiska Przystępującego odnoszącego się do kwestii formułowania w tym zakresie przez Odwołującego przypuszczeń i braku dowodów związanych z tym zarzutem Izba wskazuje, że przedmiotem oceny w tym zakresie winien być całokształt okoliczności składających się na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie dla oceny istnienia znowy przetargowej konieczna jest analiza całego procesu składania ofert, jak również procesu ich oceny i badania przez Zamawiającego. Sekwencja poszczególnych czynności przedsięwziętych przez wykonawców pozostających w znowie, jak również kształt ich pierwotnych oświadczeń woli, który umożliwia dynamiczne i kreatywne reagowanie na sytuację zaistniałą w postępowaniu, determinuje łączną ocenę tych okoliczności jako wpisującą się w treść hipotezy z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Praktyka obrotu pokazuje, że niezwykle rzadko znowy pomiędzy przedsiębiorcami przybierają jakiegokolwiek sformalizowane ramy, w tym byłoby naiwnością zakładać, że tego

rodzaju porozumienia mogą przybierać postać dokumentu (umowy lub innego rodzaju zobowiązania). Tym samym ocena tego rodzaju praktyk zazwyczaj opiera się na poszlakach, w tym działaniach podmiotów przybierających niekonwencjonalne zachowania (trudno dostrzegalne oznaki porozumienia będące wynikiem nieformalnych uzgodnień) – jednakże trudnych do zaobserwowania w toku normalnego obrotu gospodarczego. Kumulacja szeregu czynności, które w normalnych okolicznościach trudno byłoby uznać za działania przypadkowe, w połączeniu z szeregiem innych okoliczności skutkujących wymiernymi korzyściami dla dwóch lub większej liczby przedsiębiorców, umożliwia stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji i wyciągnięcie wobec podmiotów pozostających w zmowie przewidzianych prawem konsekwencji.

Izba w niniejszym składzie wskazuje, że w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2865/12, gdzie zostało wskazane, że:

„W zakresie kolejnego zarzutu, to jest zaniechania odrzucenia przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp ofert wymienionych wykonawców, gdyż ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba na wstępie rozważań wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli dokona ustalenia potwierdzającego ten fakt to taką ofertę winien bezwzględnie odrzucić.

Tym samym, na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie.

Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisania mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący zarzucił ww. wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na dokonaniu zmowy przetargowej przy składaniu ofert, co sprowadza się w szczególności do takiego złożenia ofert, że wykonawcy pozornie ze sobą konkurujący pozostają w zmowie, gdyż występują między nimi powiązania ekonomiczne.”

W tym miejscu wskazać należy, że ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny ofertowej. W analizowanym przypadku w ofertach oznaczonych przez Zamawiającego numerem 2 i 3 w formularzach ofertowych została wskazana identyczna cena.

Ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny sprawy był niesporny między stronami, odmienną była tylko pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym i Przystępującym ocena tego stanu. Izba poddała ocenie wszystkie zdarzenia jakie miały miejsce w toku postępowania przetargowego, jak również poddała analizie możliwości jakie dało Przystępującemu i wykonawcy, który złożył ofertę nr 3, złożenie przez nich oświadczenia woli o określonej treści (w szczególności oświadczeń zawartych w formularzu cenowym i ofertowym). Tym samym dokonane tam ustalenia faktyczne Izba uznaje za podstawę do oceny zasadności podniesionego zarzutu zmowy przetargowej. Wobec powyższego wskazany w części wstępnej uzasadnienia stan faktyczny sprawy, Izba uznaje za zgodny ze stanem ustalonym w trakcie rozprawy, bez potrzeby całościowego ponownego powielania go w tej części uzasadnienia. Jednakże zaznaczyć należy, że Przystępujący nie kwestionując ww. ustaleń faktycznych, kwestionował dokonaną przez Odwołującego ocenę tych faktów i zdarzeń, z których to w żaden sposób - jego zdaniem - nie wynika, że składając oferty dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo Przystępujący zarzucił Odwołującemu błędne sformułowanie zarzutów, brak dowodów na poparcie swoich twierdzeń, jak również błędną kwalifikację prawną zaniechań Zamawiającego – które to zarzuty Izba oceniła w sposób negatywny we wstępnej części uzasadnienia. Co niezwykle istotne Przystępujący przystąpił do obrony swoich zachowań na kilka dni po dniu składania ofert przesyłając Zamawiającemu niedatowane pismo z wyjaśnieniami – pomimo faktu, że Zamawiający wówczas nie wyraził jeszcze swoich przypuszczeń i nie podjął jeszcze żadnej decyzji w tym zakresie.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia tego zarzutu wskazać należy, że zмова przetargowa jest możliwa do zaistnienia jedynie w sytuacji, kiedy uczestniczy w niej wielu wykonawców. Niewątpliwym w sprawie jest fakt współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. Okoliczności te zostały dostrzeżone nie tylko przez Odwołującego, lecz były również przedmiotem szczegółowej analizy samego

Zamawiającego, który, co istotne, sporządził stosowne zawiadomienie do Prezesa UOKiK (zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję), jednakże nie znalazł podstaw do wyeliminowania obu wykonawców z postępowania. Na potwierdzenie współdziałania wskazują przede wszystkim następujące fakty:

1. Obie oferty zostały w niemal identyczny sposób sporządzone, zostały zapakowane w niemal identyczne koperty i opatrzone tożsamym opisem (wielkość i rodzaj czcionki, rozmieszczenie elementów opisu na kopercie), złożono je w tym samym dniu (09.11.2018 r.) i w tym samym czasie (oferta nr 2 o godz. 9.45 z nadanym numerem 1288, zaś oferta nr 3 o godz. 9.45 z nadanym numerem 1289).

2. Do obu ofert dołączono wystawione w tym samym miejscu i w tym samym dniu (tj. w Katowicach dnia 08.11.2018 r.) gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium wystawione przez ten sam podmiot – InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

3. W treści ofert obu wykonawców w formularzu ofertowym została wpisana ta sama cena ofertowa w wysokości 12.912.765,12 zł. Różnica wystąpiła jedynie w formularzu cenowym. W ofercie nr 2 wskazano tam wartość 12.229.425,36 zł brutto, zaś w ofercie nr 3 wartość 10.933.436,16 zł brutto;

4. W obu ofertach doszło do popełnienia rodzajowo tożsamych omyłek przez nieprawidłowe przeniesienie z formularza cenowego wartości do formularza ofertowego. Jediną różnicą pomiędzy badanymi ofertami była sumaryczna wartość ujęta w formularzu cenowym, którą to okoliczność Izba podda ocenie w dalszej części uzasadnienia;

5. Pomędzy podmiotami wchodzącymi w skład obu konsorcjów zachodzą powiązania rodzinne. W skład Konsorcjum, które złożyło ofertę nr 2 wchodzi następujące podmioty: JUSTMAR M.T., 41-403 Chełm Śląski, ul. Wołodyjowskiego 31 (lider konsorcjum) Kopalnia Imielin Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. Wyzwolenia 70 c (członek konsorcjum), ABG G.O., 41-500 Chorzów, ul. Miła 6 (członek konsorcjum). W skład Konsorcjum, które złożyło ofertę nr 3 wchodzi następujące podmioty: RAFEN J.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 (lider konsorcjum), FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, (członek konsorcjum), KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43 (członek konsorcjum). Jak wynika z akt sprawy i ustaleń Zamawiającego p. J.T. jest żoną p. M.T., zaś panowie M.T. i D.T. są braćmi.

6. Przesłane Zamawiającemu formularze JEDZ dla ofert nr 2 i 3 zostały wysłane przez tą samą osobę i z tego samego adresu poczty elektronicznej. Dodatkowo, jak wskazywał Zamawiający w zawiadomieniu skierowanym do Prezesa UOKiK, wśród dokumentów odnoszących się do Konsorcjum JUSTMAR M.T., Kopalnia Imielin Spółka z o.o. oraz ABG G.O. został przesłany formularz JEDZ dla członka drugiego z konsorcjów, tj. KANS-POL Spółka z o.o.

Mając na uwadze powyższe możemy mówić o niemal akademickim przykładzie takiej zмовy. Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że Zamawiający w nieprawidłowy sposób dokonał oceny mających miejsce okoliczności i zachowań uczestników przetargu, jak również wyjaśnień Przystępującego w tym zakresie. W sposób nieprawidłowy również przypisał znaczenie złożonej majątkowej umowie małżeńskiej, gdyż jak wynika z okoliczności sprawy, w tym przypadku trudno przyjąć za wiarygodne informacje Przystępującego o konkurowaniu wykonawców na rynku lokalnym, w szczególności o konkurowaniu ich w analizowanym postępowaniu.

Dostrzegalne jest w tym wypadku, że obaj wykonawcy, tj. Przystępujący oraz podmiot składający ofertę nr 3 swoje oświadczenia (zgoda na poprawienie omyłki), jak również inne czynności przedsiębrane w postępowaniu (uzupełnienie dokumentów) ukształtowali intencjonalnie mając na uwadze ranking złożonych ofert.

Dodatkowo wskazać należy, że wykonawcy ci mieli możliwość niemal dowolnego reagowania na sytuację w prowadzonym postępowaniu. Powyższe umożliwiło nie tylko pozostawanie wykonawców w zмовie, złożenie przez nich wieloznacznych oświadczeń w zakresie ceny ofertowej ale również fakt przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w oparciu o treść art. 24 aa ustawy Pzp (procedura odwrócona) i fakt wyboru ofert na podstawie jednego kryterium (kryterium cenowego).

Otóż nie trudno ustalić jaki był zamiar wykonawców i jaką ostatecznie treść miało zawarte pomiędzy nimi porozumienie. Gdyby pomiędzy ich ofertami uplasowała się w rankingu ofert oferta innego wykonawcy (w tym wypadku oferta Odwołującego) to Przystępujący mógłby w sposób niewłaściwy uzupełnić dokumenty lub nie wyrazić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czy też nie przedłużyć ważności wadium (scenariusz nr 1). Wówczas zamówienie zostałoby udzielone wykonawcy, który złożył ofertę nr 3. Kiedy na skutek dokonanych przez Zamawiającego poprawek oferta Odwołującego uplasowała się na 3 miejscu (scenariusz nr 2) w rankingu ofert niewłaściwego „uzupełnienia” dokumenty JEDZ (bez opatrzenia go podpisem elektronicznym) dokonał wykonawca, który złożył ofertę oznaczoną numerem 3 (Konsorcjum RAFEN J.T., 41- 407 Imielin, ul. Kordeckiego 39, FHU Dameks D.T., 41-407 Imielin, ul. Kordeckiego 39 oraz , KANS-POL sp. z o.o., 32-552 Płaza, ul. Jana III Sobieskiego 43). Uczynił to nadto w taki sposób (uzupełnił dokument jednakże w sposób nieprawidłowy) aby nie utracić wadium na rzecz Zamawiającego. Kolejny scenariusz działań (scenariusz nr 3) jawi się w ten sposób, że gdyby na skutek wskazanego wyżej sposobu skonstruowania oświadczeń woli wykonawców, którzy złożyli oferty o numerach 2 i 3, dokonanie przez Zamawiającego poprawki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp nie leżało w interesie tych wykonawców (ich oferty pierwotne byłyby najkorzystniejsze ekonomicznie) Przystępujący mógłby zaskarżyć tą czynność żądając uznania zaistniałej

„omyłki” jako wpisującej się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co umożliwiłoby tym wykonawcom złożenie skutecznego sprzeciwu wobec zamiaru poprawienia ich ofert (vide: art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Wówczas to obaj wykonawcy złożąliby oferty z najniższą, lecz identyczną ceną (wartość z formularza ofertowego na poziomie 12.912.765,12 zł brutto). W ramach tego scenariusza (scenariusz nr 3) zastosowanie miałby art. 91 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że: *„Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem, a jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych.”*

W ramach tego scenariusza którykolwiek z wykonawców pozostających w zmwie mógłby złożyć dodatkową ofertę niższą o kilkaset złotych od ceny pierwotnej aby można było dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie oznacza to jednak, że wybór obejmowałby ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, gdyż również w tym wypadku mogłoby dojść do niewłaściwego złożenia lub uzupełnienia dokumentów (vide: przebieg scenariusza nr 2). Powyższe symulacje wskazują, że sposób sformułowania przez obu wykonawców oświadczeń woli umożliwił im w zasadzie dowolne kształtowanie przebiegu postępowania. Tego rodzaju możliwość jest z oczywistych powodów niedopuszczalna w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność taka zaś jest wystarczająca dla wyeliminowania oferty Przystępującego z postępowania.

W wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu przez Przystępującego i powiązany z nim podmiot Izba dostrzega istotne z punktu widzenia elementy, które podważają ich wiarygodność. Otóż p. M.T. prowadzący działalność pod firmą JUSTAMR odnosząc się do okoliczności przesłania w dniu 09.11.2018 r. o godz. 8.50 formularzy JEDZ wskazał w niedatowanym piśmie m.in., że ze względu na problemy techniczne związane z przesłaniem ww. dokumentów zwrócił się o pomoc w ich przesłaniu do osoby trzeciej (osoby znajomej) wskazując jednocześnie, że: *„Mając świadomość jak silnie sformalizowana jest procedura przetargowa, musieliśmy mieć pewność, że jest to osoba znająca tematykę ofertowania i mająca rozeznanie w zakresie konsekwencji omyłek popełnionych na tym etapie.*

W kolejnych wyjaśnieniach w stosunku do tej samej okoliczności (pismo z dnia 15.01.2019 r.) Przystępujący wskazał, że: *„Pan M. J. nie zajmuje się przygotowaniem ofert w firmie w której jest zatrudniony. Pan J. nie zna prawa zamówień publicznych nie uczestniczy w postępowaniach przetargowych. Jest jedynie osobą biegłą w obsłudze komputera, programów komputerowych”.*

Analizując powyższe wyjaśnienia trudno jest ustalić, czy odnoszą się one do tej samej osoby, choć z zakresu działań, jakie osoba ta miała wykonać, można wnioskować, że jest tu mowa o tej samej osobie dysponującej jednakże, w zależności od potrzeb, różną wiedzą o procesie ofertowania i przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wszystkie te okoliczności łącznie, zdaniem Izby, potwierdzają bliską współpracę obu wykonawców. Trudno bowiem znaleźć w świetle zasad doświadczenia życiowego oraz założenia o świadomym, rozsądnym i konkurencyjnym działaniu podmiotów, uzasadnienie dla posługiwania się przez te dwa podmioty, funkcjonujące w ramach powiązań rodzinnych i osobistych, składających tożsame wartościowo oferty, w oparciu o identyczny schemat związany ze sposobem wypełnienia formularza cenowego i ofertowego, oferty mające niemal identyczną postać graficzną, złożone w tym samym czasie – a co najistotniejsze, gdy kształt oświadczeń woli w nich zawartych umożliwia niemal dowolną ich modyfikację pozwalającą na dynamiczne reagowanie na zmieniającą się sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W omawianym zakresie istotnym elementem, a wręcz przesądającym o uznaniu działań tych wykonawców za niedozwolony i sprzeczny z przepisami ww. ustaw, było wskazanie w formularzach ofertowych tożsamej co do grosza, ceny ofertowej, jak również na skutek tego faktu otwarcie możliwości do manipulacji cenami na skutek popełnienie tożsamych rodzajowo omyłek przy konstruowaniu obu ofert.

Wszystkie wskazane wyżej dowody Izba uznała za wystarczające, aby podzielić w tym zakresie zasadność zarzutu Odwołującego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu stypizowanego w treści art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r., poz. 798 z późn. zm.) funkcjonującego w związku z treścią art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity z 2018 r., poz. 419 z późn. zm).

Dowody w tym zakresie stanowią niemalże dowód bezpośredni popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, chociaż opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego zawartego w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06), „*Że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe*”, można stwierdzić iż taki dowód nie jest niezbędny, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że gdyby nie współdziałanie wykonawców to realnie rzecz biorąc nie byłoby możliwe złożenie tak podobnych ofert wraz z realną możliwością wpływania tych wykonawców na przebieg postępowania.

Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia, co do uzyskania zamówienia ze szkodą, zarówno dla innego wykonawcy (Odwołującego), jak i samego Zamawiającego. Nie doszło bowiem w tym postępowaniu do

wyboru oferty z najniższą ceną (wynoszącą wg oświadczenia złożonego w formularzu cenowym oferty nr 3 wartość 10.933.436,16 zł brutto), lecz oferty z ceną wynoszącą 12.229.425,36 zł brutto – a więc wyższą od wartości najniższej ceny o ponad 1.250.000,00 zł.

Porozumienie pomiędzy wymienionymi dwoma wykonawcami pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, jednakowych elementów kalkulacyjnych ofert, manipulowania złożonymi oświadczeniami woli, jak również intencjonalnym uzupełnianiem dokumentów - co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zmowa wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmovą w ujęciu horyzontalnym tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie lokalny rynek w ramach prowadzonego postępowania.

Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że postępowanie o zamówienie publiczne winno mieć cechy postępowania realnie opartego na konkurencji i jawności, zaś każda pozorność w tym zakresie, niezależnie od jej formy i zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji.

Jednakże, zdaniem Izby, nadmienić należy, że prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu i wpływanie tym samym na przebieg prowadzonego postępowania.

Tym samym, przychylając się do ustaleń i wniosków Odwołującego, co do wystąpienia zmovy ww. wykonawców, Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie jest możliwe przypadkowe zaoferowanie takich samych cen, jak również popełnienie rodzajowo tożsamyh omyłek. Jak wyżej wskazano, oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu również ze względu na fakt, jakie skutki wywarło na przebieg postępowania działanie obu wykonawców, w tym kształt złożonych przez nich oświadczeń woli.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazać należy, iż na skutek działań (a w szczególności zaniechań Zamawiającego) doszło również do naruszenia zasad zamówień publicznych, w tym wyrażonych we wskazanym w odwołaniu art. 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

