

Sygn. akt: KIO 1709/20

WYROK
z dnia 2 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G. J. Przedsiębiorstwo „GEO-WIERT” oraz P. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. G., prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo „GEO-WIERT” spółka cywilna J. G. i P. G.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 985 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), dojazdu na rozprawę (150,00 zł) oraz noclegu (235,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawy do kopalń JSW S.A. spoiw górniczych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 106-257946.

W dniu 22 lipca 2020 r. Przedsiębiorstwo „GEO-WIERT” spółka cywilna J. G. i P. G. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty w zakresie zadania 2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów i nie zmierza na podstawie art. 58 k.c. do obejścia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp,
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jako zmierzającej do obejścia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, mimo że ofertę złożył Odwołujący, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym nie dotyczy i z którym z tego powodu umowy nie rozwiązano ani nie zasądono od niego odszkodowania,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania przetargowego przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Odwołujący wskazał, że jego oferta złożona w części nr 2 Zamówienia (dotyczącej dostaw spoiw mineralno-cementowych do torcretowania wyrobisk górniczych w ilości 250 t) została przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odrzucona. Zamawiający stwierdził, że złożenie oferty przez Odwołującego nastąpiło w celu obejścia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z tym konieczne jest uwzględnienie skutków prawnych przewidzianych w art. 58 1 k.c., który stanowi, że czynność prawna

sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, że na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy prawa. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że Zakład Wsparcia Produkcji JSW S.A. odstąpił od umowy nr 061901437 zawartej z J.P. COVER Sp. z o.o. na dostawę spoiw mineralno-cementowych Cover TW 40/S. Podstawą tego odstąpienia były wyniki badań jakościowych materiałów dostarczonych przez tego dostawcę w wykonaniu zawartej umowy, wskazujące na niespełnienie wymogów przewidzianych w treści Specyfikacji technicznej w postępowaniu nr 44/P/DZZ/19, w wyniku którego strony zawarły umowę nr 061901437, a także niespełnienie wymogów określonych w ofercie tego wykonawcy złożonej w tamtym postępowaniu. Zamawiający wskazuje, że w niniejszym postępowaniu (nr referencyjny 73/P/WRP/20) na dostawę spoiw mineralnocementowych, wprowadził on fakultatywną przesłankę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wedle którego z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Dalej, Zamawiający tłumaczy, że przedmiotem oferty Odwołującego jest dostawa spoiwa mineralno-cementowego Cover TW 40, tj. inna odmiana spoiwa stanowiącego przedmiot umowy nr 061901437 a na potwierdzenie spełnienia przez oferowane spoiwo wymagań przewidzianych w Specyfikacji technicznej Odwołujący przedstawił między innymi certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa OBAC/0263/CB/18, wydany na rzecz J.P. COVER Sp. z o.o., który to certyfikat wspomniana spółka przedłożyła w postępowaniu nr 44/P/DZZ/19, na podstawie którego Zamawiający z tą spółką J.P. COVER sp. z o.o. zawarł umowę.

Zamawiający stwierdził, że wprowadzenie w postępowaniu nr 73/P/WRP/20 przesłanki wykluczenia przewidzianej w powołanym wyżej przepisie skutkowałoby wykluczeniem z postępowania producenta spoiwa – spółkę J.P. COVER sp. z o.o., stąd celem uniknięcia powyższych niekorzystnych skutków przedmiotowy produkt został zaofiarowany przez Odwołującego. Według Zamawiającego oznacza to, że złożenie oferty przez Odwołującego nastąpiło w celu obejścia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, na który powołuje się w swoim uzasadnieniu Zamawiający, stanowi jedną z przesłanek fakultatywnych wykluczania wykonawców z postępowania, którą Zamawiający musi wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sam art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy wykonawcy – podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego,

który złożył ofertę w postępowaniu. To wykonawca, który składa ofertę w konkretnym postępowaniu przetargowym, aby zostać wykluczonym musiałby z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonać albo nienależycie wykonać w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło jednocześnie do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zatem na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 można wykluczyć wykonawcę tylko wtedy, kiedy zamawiający powołał w SIWZ jako jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy ten właśnie przepis ustawy Pzp i tylko wtedy, kiedy to z samym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia w danym postępowaniu (a nie podmiotem, na którego certyfikat powołuje się wykonawca w swojej ofercie) rozwiązano umowę z uwagi na nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy łączącej go z zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający swoje twierdzenia o próbie obejścia przez Odwołującego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp opiera jedynie na fakcie załączenia przez niego do oferty certyfikatu uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa nr OBAC/0263/CB/18 wydanego na rzecz innego podmiotu, niebiorącego udziału w niniejszym postępowaniu, z którym Zamawiający rozwiązał wcześniej umowę na dostawę spoiw mineralno-cementowych Cover TW 40/S z uwagi na niespełnienie wymogów przewidzianych w Specyfikacji technicznej w postępowaniu nr 44/P/DZZ/19.

Odwołujący podkreślił, że samodzielnie spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie powołuje się na zasoby ani sytuację innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału ani też nie powierza wykonania zamówienia w jakiegokolwiek części podwykonawcy. Certyfikat, na który Zamawiający wskazuje w swoim uzasadnieniu odrzucenia oferty został przez Odwołującego przedstawiony w związku z pkt 5.3 Specyfikacji technicznej. Specyfikacja techniczna w zakresie pkt 5 wprowadza wykaz dokumentów, które miały zostać złożone wraz z ofertą. I tak Zamawiający wymagał, aby dołączyć do oferty certyfikat wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową oraz potwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Wykonawca załączył więc certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa wydany przez Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji Sp. z o.o. wraz z instrukcją bezpiecznego stosowania dotyczącą Mineralnego Spoiwa Górniczego COVER TW 40, aktualizacją tej instrukcji z dnia 20.11.2019 r. oraz oświadczeniem wydanym przez Kompanię Węglową S.A. Oddział KWK Knurów-Szczygłowice z dnia 27.03.2012 r., poświadczające, że przedmiot zamówienia, przy realizacji

którego użyto spoiwa COVER TW 40 został wykonany prawidłowo i wrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tego rodzaju dokumenty jak certyfikaty, instrukcje wchodzące w skład dokumentacji oferty, nie tworzą treści oferty ścisłym tego słowa znaczeniu, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Certyfikat i załączniki do niego, zostały złożone Zamawiającemu zgodnie z jego wymaganiami ze Specyfikacji technicznej i w sposób wystarczający potwierdzają spełnienie wymagań przez dostawy, które miałyby być realizowane przez Odwołującego, czego Zamawiający nie kwestionuje w swoim uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący zaznaczył, że przedstawiony certyfikat dotyczy dwóch produktów spółki J.P. Cover Sp. z o.o.: spoiwa COVER TW 40/S (z powodu którego Zamawiający rozwiązał umowę ze spółką J.P. Cover sp. z o.o.) oraz spoiwa COVER TW 40, które Odwołujący zaoferował w niniejszym postępowaniu – oba te spoiwa różnią się parametrami technicznymi, co wynika z dołączonych do certyfikatu instrukcji bezpiecznego stosowania. Spoiwo, które Odwołujący zaoferował w postępowaniu o udzielenie zamówienia to Mineralne Spoiwo Górnicze COVER TW 40, które w pełni odpowiada wymaganiom technicznym wymienionym w załączniku nr 1 do SIWZ. Natomiast spoiwo dostarczane Zamawiającemu przez spółkę J.P. Cover sp. z o.o. na mocy umowy nr 061901437 zawartej z Zamawiającym w wyniku innego postępowania o nr 44/P/DZW19 to Mineralne Spoiwo Górnicze COVER TW 40/S. Odwołujący przedstawił instrukcję bezpiecznego stosowania spoiwa COVER TW 40/S załączonego przez spółkę J.P. Cover sp. z o.o. do oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o nr 44/P/DZZ/19, na okoliczność właściwości i parametrów technicznych spoiwa.

Odwołujący podkreślił, że to właśnie z powodu niespełnienia wymogów przewidzianych przez spoiwo COVER TW 40/S (a więc przez spoiwo inne niż oferowane przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu). Zamawiający odstąpił od umowy zawartej ze spółką J.P. Cover sp. z o.o. na podstawie prowadzonego postępowania nr 44/P/DZZ/19. Na dowód Odwołujący powołał odstąpienie spółki JSW S.A. od umowy ze spółką J.P. Cover sp. z o.o., na okoliczność przyczyn odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, odstąpienia przez Zamawiającego z powodu niespełnienia wymogów technicznych przez spoiwo COVER TW 40/S dostarczane na podstawie innego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że spoiwa COVER TW 40/S (dostarczane Zamawiającemu przez spółkę J.P. Cover sp. z o.o.) i COVER TW 40 (którego dostawy Odwołujący zaoferował w niniejszym postępowaniu) znacząco się od siebie różnią. Co więcej, różnią się także szczegółowe warunki techniczno-użytkowe przedmiotów zamówień Zamawiającego w prowadzonych przez niego postępowaniach nr 44/P/DZZ/19 oraz 73/P/WRP/20. W pkt 2.

Specyfikacji technicznej w postępowaniu o nr ref. 44/P/DZZ/19, Zamawiający oczekiwał dostawy spoiwa mineralno-cementowego zbrojonego do torkretowania z włóknami polimerowymi. Natomiast w pkt 3. Specyfikacji technicznej w postępowaniu o nr ref. 73/P/WRP/20, Zamawiający wymaga, by było to spoiwo mineralno-cementowe do torkretowania wyrobisk górniczych. Spoiwo COVER TW 40 nie posiada w swoim składzie włókien polimerowych, które posiada z kolei spoiwo COVER TW 40/S.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nadal nabywa od spółki J.P. Cover Sp. z o.o. spoiwo COVER TW 40. W bieżącym roku Zamawiający przeprowadził dwukrotnie rutynowe badanie jakościowe tego spoiwa i dwukrotnie stwierdził, że przedmiotowe spoiwo COVER TW 40 spełnia wszelkie wymagania określone przez niego w Specyfikacji technicznej i dokumentacji dostarczonej do aukcji elektronicznej prowadzonej przez Zamawiającego o nr 656/A/WRP/19. W wyżej wspomnianej aukcji elektronicznej, Zamawiający podobnie, jak i w niniejszym postępowaniu, wymagał, by wytrzymałość spoiwa na ściskanie po 24 godzinach wynosiła minimum 12,5 MPa. Wyniki badań spoiwa COVER TW 40 dostarczanego przez spółkę J.P. Cover sp. z o.o., przeprowadzonych na zlecenie Zamawiającego zarówno z 11 marca 2020 r. jak i z 19 maja 2020 r. jednoznacznie wskazują, że spoiwo COVER TW 40, które miałyby być dostarczane przez Odwołującego w ramach niniejszego zamówienia, spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego.

Dalej Odwołujący podniósł, że ustawa Pzp w żadnym swoim przepisie nie zabrania wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego, oferowania Zamawiającemu, w zakresie dostawy, produktów wytwarzanych przez podmiot, z którym Zamawiający rozwiązał umowę wskutek nienależytego wykonania umowy (tym bardziej gdy umowa ta dotyczyła innego produktu niż oferowany przez wykonawcę w postępowaniu). Ustawa nie przewiduje również w takiej sytuacji wykluczenia wykonawcy oferującego materiał produkowany przez taki podmiot (w tym przypadku spoiwo COVER TW 40 produkowane przez spółkę J.P. Cover Sp. z o.o.) i tym samym nie stanowi to podstawy do odrzucenia oferty. Sam Zamawiający w przygotowanej dokumentacji przetargowej również nie zastrzegł, że w ramach zamówienia wykonawca nie będzie mógł dostarczać spoiwa produkowanego przez osoby, z którymi Zamawiający rozwiązał wcześniej umowę. Co istotne, Zamawiający nie kwestionuje w żaden sposób parametrów technicznych spoiwa oferowanego przez Odwołującego przedstawionych w dołączonej instrukcji bezpiecznego stosowania ani też nie zarzuca Odwołującemu, że spoiwo to nie spełnia wymagań technicznych wskazanych w załączniku nr 1 do SIWZ. Pod tym względem, spoiwo COVER TW 40 spełnia w całości warunki postawione w SIWZ. Zamawiający podnosi jedynie, że producentem spoiwa jest spółka J.P. Cover Sp. z o.o., jednak w tym zakresie nie przewidział on w dokumentacji przetargowej żadnych dodatkowych obostrzeń.

Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem zamawiającego określonym w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jasny, wyczerpujący z podaniem wszystkich wymagań co do koniecznej zawartości treści oferty, jak i wszelkich wymaganych dokumentów. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca zobowiązany jest ściśle dostosować się do wymagań SIWZ, ale nie musi się domyślać nie wyrażonych wprost intencji zamawiającego. Ponadto nie jest obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne na dostawy, weryfikowanie, z jakim podmiotem zamawiający rozwiązał umowę, z jakiego powodu oraz jakiego przedmiotu ta umowa dotyczyła. Inna jest rola w niniejszym postępowaniu Odwołującego, a inna spółki J.P. Cover sp. z o.o. W postępowaniu bierze udział wyłącznie Odwołujący, natomiast J.P. Cover Sp. z o.o. jest jedynie producentem spoiwa COVER TW 40, którego dostawę Odwołujący w niniejszym postępowaniu zaoferował. Spółka J.P. Cover nie jest nawet podwykonawcą tego zadania. Nie może być tak, że Zamawiający odrzuca w postępowaniu ofertę Odwołującego, ponieważ wprowadzenie w postępowaniu przesłanki wykluczenia przewidzianej w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp skutkowałoby wykluczeniem z postępowania producenta spoiwa, podczas gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki niniejszego postępowania i przedkłada ofertę zgodną z przepisami prawa, jak i z postanowieniami SIWZ. Zadaniem Zamawiającego, w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp była weryfikacja, czy to Odwołujący – Przedsiębiorstwo „GEO-WIERT” spółka cywilna J. G. i P. G., wykonawca biorący udział w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie tego przepisu, a nie weryfikacja, czy nie podlega mu producent spoiwa, którego certyfikat Odwołujący przedstawił w załączeniu do oferty. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego może zostać uznane za próbę rozszerzenia SIWZ ponad postanowienia, które z niego wprost wynikają, a także nadinterpretacji przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i rozciągnięcia ich na producentów oferowanych materiałów, niebiorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w żadnej formie.

Odnosząc się do powołanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty art. 58 § 1 k.c. Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem sądów, za zmierzającą do obejścia ustawy należy uznać czynność prawną o takim ukształtowaniu jej treści, że z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ona ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) została dokonana w celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane. Innymi słowy treść czynności prawnej nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale skutki, które czynność wywołuje i które objęte są zamiarem stron, naruszają zakazy lub nakazy ustawowe (tak np. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 17.12.2019 r. w sprawie o sygn. akt I AGa 98/18). W niniejszym postępowaniu działanie Odwołującego w postaci złożenia oferty ani nie sprzeciwia się ustawie ani też nie zostało

podjęte w celu, którego osiągnięcie jest przez ustawę zakazane. Celem Odwołującego jest bowiem w niniejszym postępowaniu uzyskanie Zamówienia i zawarcie z Zamawiającym umowy, której beneficjentem będzie właśnie Odwołujący, a nie spółka J.P. Cover sp. z o.o. Ponadto, czynność Odwołującego polegająca na wskazaniu w ofercie dostaw spoiwa COVER WT 40, którego producentem jest spółka J.P. Cover sp. z o.o. nie narusza żadnych nakazów bądź zakazów ustawowych, jak i nie narusza postanowień SIWZ. Również i skutek, który czynność ta miałaby wywołać, gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego (w postaci zawarcia z nim umowy), nie narusza przepisów prawa. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 8 ustawy Pzp wymaga wykazania, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnego konkretnego przepisu prawa. Przepis ten musi ustanawiać sankcję nieważności czynności dokonanej z naruszeniem określonego przepisu. W ocenie Odwołującego nie sposób przyjąć, że oferta została złożona przez niego w celu obejścia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie zawarł również żadnych porozumień ze spółką J.P. Cover, których przedmiotem, jak zarzuca Zamawiający, miałyby być faktyczne wykonywanie Zamówienia przez tą spółkę. Odwołujący jedynie zaoferował produkowane przez spółkę J.P. Cover Sp. z o.o. spoiwo COVER TW 40, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Dostawa spoiwa, która jest przedmiotem oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu to nie tylko samo nabycie tego spoiwa od spółki J.P. Cover Sp. z o.o. Dostawa ta stanowi cały ciąg handlowy, na który składa się wiele czynności i obowiązków Odwołującego. To nie tylko zwykła sprzedaż, ale również i logistyka zaopatrzenia, zabezpieczenie wykonania umowy sprzedaży spoiwa COVER TW 40, zmagazynowanie spoiwa, transport spoiwa do Zamawiającego, rozładunek. Te wszystkie obowiązki spoczywają na Odwołującym i to Odwołujący ponosić będzie odpowiedzialność za dostarczenie Zamawiającemu produktu spełniającego wymogi określone w ramach niniejszego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że spoiwo COVER TW 40 to tylko jeden z wielu produktów, jakie oferuje spółka J.P. Cover. Spółka ta prowadzi produkcję nie tylko w dziedzinie chemii górniczej, ale i gospodarczej i budowlanej. W zakresie samej tylko chemii górniczej spółka J.P. Cover Sp. z o.o. oferuje kilka różnych spoiw. W takim stanie rzeczy trudno mówić o tym, żeby Odwołujący nie mógł dostarczać żadnych produktów spółki J.P. Cover. Rozwiązanie umowy z J.P. Cover sp. z o.o. z powodu produktu COVER TW 40/S nie jest przesłanką do odrzucenia oferty Odwołującego dotyczącej produktu COVER TW 40. W związku z powyższym, Zamawiający nie miał żadnych przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że powyższe naruszenia Zamawiającego spowodowały, że naruszył on w postępowaniu zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Naruszenia te polegały w szczególności na:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp próby rozszerzenia SIWZ o zakaz dostarczania spoiw, których producentem jest J.P. Cover Sp. z o.o.,
- niezasadnej subsumpcji zastanego w niniejszej sprawie stanu faktycznego ponad normy ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ odnoszące się do wymagań dotyczących oferowanych dostaw i odrzucenie oferty wykonawcy z powodu rozwiązania przez Zamawiającego umowy z producentem oferowanego w niniejszym postępowaniu spoiwa, podczas gdy ani przepisy ustawy ani postanowienia SIWZ nie przewidują żadnych ograniczeń w zakresie pochodzenia oferowanych materiałów,
- defaworyzowania Odwołującego z powodu zaoferowania przez niego spoiwa, którego producentem jest J.P. Cover sp. z o.o., podczas gdy takie działanie Odwołującego jest zgodne z prawem, a Zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie ma interesu do wniesienia odwołania i nie może ponieść szkody w wyniku utraty realizacji zamówienia z uwagi na fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego (113.775,00 zł) przekracza kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (110.700,00 zł). Odnosząc się do tego stanowiska stwierdzić należy, że w dacie wniesienia odwołania, a także w dacie wyrokowania w przedmiotowej sprawie, kwestia możliwości zwiększenia budżetu Zamawiającego pozostawała nierozstrzygnięta, a twierdzenia o braku możliwości jego zwiększenia pozostają gołosłownymi deklaracjami. Brak jest podstaw odmawiać wykonawcy prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji, gdy unieważnienie postępowania z powodów wskazanych przez Zamawiającego jest zdarzeniem przyszłym

i niepewnym, a nawet w przypadku dokonania takiego unieważnienia, czynność ta może zostać zaskarżona i podlegać ocenie Izby.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia w ramach zadania 2 jest dostawa spoiw mineralno-cementowych zbrojonych do torkretowania z włóknami polimerowymi w ilości 7 270,80 t (pkt 4.3 SIWZ).

W punkcie 7.2 SIWZ Zamawiający postanowił: Wykluczeniu z niniejszego postępowania podlega wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z punktem 5.3 załącznika nr 1 do SIWZ (Specyfikacja techniczna) wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą m.in. certyfikat wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową, oraz potwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

Odwołujący zaoferował dostawę spoiwa Cover TW 40 i przedstawił m.in. certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa OBAC/0263/CB/18, wydany na rzecz J.P. COVER Sp. z o.o.

Odwołujący nie przewidział udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, nie polegał również na potencjale innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej czynności:

Oświadczeniem z dnia 29.11.2019 r. (pismo WRP/SZ.2280-44/P/DZZJ19-123/19) Zakład Wsparcia Produkcji JSW S.A. odstąpił od umowy nr 061901437 z J.P. COVER sp. z o. o., ul. G. Morcinka 17, 43-417 Kaczyce na dostawę spoiw mineralno-cementowych Cover TW 40S. Podstawą odstąpienia od umowy były wyniki badań jakościowych materiałów dostarczonych przez dostawcę w wykonaniu przedmiotowej umowy, wskazujące na niespełnienie wymogów przewidzianych w treści Specyfikacji technicznej w postępowaniu nr 44/P/DZZJ19, w wyniku

którego strony zawarły umowę nr 061901437, a także niespełnienie wymogów określonych w ofercie wykonawcy złożonej w powyższym postępowaniu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 73/PIWRP/20 na dostawę spoiw mineralno-cementowych zamawiający wprowadził fakultatywną przesłankę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, wedle którego z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wykonawca Przedsiębiorstwo "Geo-Wiert" S.C. J.P. G., ul. Morcinka 7c, 43-417 Kaczyce złożył ofertę w zadaniu 2 omawianego postępowania. Przedmiotem oferty jest dostawa spoiwa mineralno-cementowego Cover TW 40, tj. inna odmiana spoiwa stanowiącego przedmiot umowy nr 061901437. Na potwierdzenie spełnienia przez oferowane spoiwo wymagań przewidzianych w Specyfikacji technicznej ww. wykonawca przedstawił między innymi certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa nr OBAC/0263/CB/18, wydany na rzecz J.P. COVER Sp. z o. o., ul. G. Morcinka 17, 43-417 Kaczyce, który to certyfikat wspomniana spółka przedłożyła w postępowaniu nr 44/P/DZZJ19, na podstawie którego strony zawarły umowę nr 061901437.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że wprowadzenie w postępowaniu nr 73/PNVRP/20 przesłanki wykluczenia przewidzianej w powołanym powyżej przepisie skutkowałoby wykluczeniem z postępowania producenta spoiwa — spółkę J.P. COVER Sp. z o. o., ul. G. Morcinka 17, 43-417 Kaczyce, stąd celem uniknięcia powyższych niekorzystnych skutków przedmiotowy produkt został zaofertowany przez firmę Przedsiębiorstwo "Geo-Wiert" S.C. J.P. G., ul. Morcinka 7c, 43-417 Kaczyce, a zatem złożenie oferty nastąpiło w celu obejścia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Konsekwencją przytoczonego wniosku jest konieczność uwzględnienia skutków prawnych przewidzianych w art. 58 § 1 K.c., który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 58 § 1 Kc czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

W świetle powyższych przepisów czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za bezzasadną.

Po pierwsze wskazać należy, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp określa sankcję dla wykonawcy, który nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wprowadzenie do postępowania tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia oznacza, że wykluczeniu z postępowania będzie podlegał (o ile nie dokona skutecznie tzw. samooczyszczenia) konkretny wykonawca, który uprzednio nie wywiązał się z zawartej umowy. Przepis ten w żadnej mierze nie może stać na przeszkodzie ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego przez innych wykonawców.

W rozpoznawanej sprawie wykonawca J.P. Cover Sp. z o. o., z którym Zamawiający wcześniej rozwiązał umowę, nie złożył oferty. Odwołujący natomiast, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest innym, odrębnym podmiotem, który nie był stroną rozwiązanej przez Zamawiającego umowy i nie może odpowiadać za jej wykonanie ani ponosić skutków jej nienależytego wykonania. Zamawiający jednak, nie mogąc do Odwołującego zastosować wprost art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w sposób nieuzasadniony doprowadził do wyeliminowania Odwołującego z postępowania, poprzez odrzucenie jego oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Nieważności tej Zamawiający dopatrywał się w fakcie, że przedmiotem oferty jest dostawa materiałów, których producentem jest J.P. Cover Sp. z o. o. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył ofertę w celu

uniknięcia niekorzystnych skutków polegających na wykluczeniu z postępowania spółki J.P. Cover.

Stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione, polega ono bowiem na niemającym żadnego oparcia w przepisach prawa założeniu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mogą być oferowane produkty, których producentem jest podmiot, do którego znalazłby zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Prezentując takie stanowisko Zamawiający zdaje się nie rozróżniać sankcji wobec wykonawcy, który okazał się niewiarygodny nie wykonując umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wykonując ją nienależycie, od wyeliminowania z postępowania produktów, które ten podmiot produkuje. Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu uniknąć związania się umową z takim niewiarygodnym wykonawcą, nie zaś zakupu produktów pochodzących do tego podmiotu jako od producenta.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, przyczyną odrzucenia oferty było zaoferowanie spoiwa wyprodukowanego przez podmiot, do którego znalazłby zastosowanie przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4, bez względu na rodzaj i cechy tego spoiwa. Zamawiający wskazał co prawda, że Odwołujący zaoferował inną odmianę spoiwa stanowiącego przedmiot umowy nr 061901437 i przedstawił certyfikat uprawniający do nr OBAC/0263/CB/18, wydany na rzecz J.P. Cover, który to certyfikat ww. spółka przedłożyła we wcześniejszym postępowaniu, wyjaśnił jednak na rozprawie, że nawet gdyby Odwołujący zaoferował zupełnie inny produkt producenta Cover, to i tak Zamawiający odrzuciłby jego ofertę. Oznacza to, że Zamawiający w sposób całkowicie nieuzasadniony próbował rozszerzyć skutki nienależytego wykonania umowy przez J.P. Cover, stwierdzając, że skutkiem takim jest nie tylko podleganie przez ww. spółkę wykluczeniu z postępowania, ale również wyłączenie możliwości oferowania przez innych wykonawców materiałów, których ta spółka jest producentem. Stanowi to de facto wyeliminowanie z postępowania produktów określonego pochodzenia, co należałoby uznać za niezgodne z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z tym, że według Zamawiającego okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty było zaoferowanie produktów określonego pochodzenia, a nie niespełnianie wymagań przez oferowany produkt, kwestia różnic między spoiwem Cover TW 40 i Cover TW 40S i ich jakości nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zamawiający zresztą nie stwierdził, aby oferowane przez Odwołującego spoiwo nie spełniało określonych wymagań SIWZ i nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający próbował rozszerzyć skutki rozwiązania umowy ze spółką J.P. Cover na innego wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz w przypadku

którego ww. spółka nie jest ani podwykonawcą, ani podmiotem udostępniającym wykonawcy swój potencjał. Co więcej, Zamawiający zastosował do Odwołującego sankcję dalej idącą niż mógłby zastosować wobec spółki J.P. Cover, gdyby spółka ta złożyła ofertę. Zauważenia wymaga, że spółka J.P. Cover miałaby możliwość dokonania samooczyszczenia i w konsekwencji uniknięcia wykluczenia z postępowania, tymczasem wobec Odwołującego – mimo że nie był on stroną nieprawidłowo wykonywanej umowy i za to wykonanie nie ponosi żadnej odpowiedzialności – zastosowano bezwzględną sankcję w postaci odrzucenia oferty. Postępowanie takie jest nie do pogodzenia z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, świadczy ono o tym, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie doszło do uniknięcia negatywnych konsekwencji grożących spółce J.P. Cover, spółka ta bowiem – mogąc dokonać samooczyszczenia – byłaby w lepszej sytuacji niż Odwołujący.

Nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby obejście prawa polegało na zaoferowaniu produktów przez Odwołującego zamiast przez spółkę J.P. Cover w celu uniknięcia niekorzystnych skutków w postaci podlegania ww. spółki wykluczeniu. Niekorzystne skutki związane z nienależytym wykonaniem umowy mogą bowiem dotyczyć podmiotu – wykonawcy, a nie przedmiotu oferty – zaoferowanego produktu, czego Zamawiający zdaje się nie zauważać. Złożenie oferty przez Odwołującego nie prowadzi więc do skutku sprzecznego z prawem – Odwołujący nie mógł bezprawnie uniknąć wykluczenia z postępowania, gdyż takiemu wykluczeniu po prostu nie podlegał.

Dalej należy stwierdzić, że wskazanie dopiero w odpowiedzi na odwołanie okoliczności, które miałyby przesądzać o działaniu z intencją obejścia prawa, jest spóźnione. Zamawiający podał w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący oraz spółka J.P. Cover działali ze świadomością i zamiarem obejścia prawa, o czym zdaniem Odwołującego świadczą takie okoliczności, jak fakt, że we wcześniejszych postępowaniach na dostawy spoiw oferty składała spółka J.P. Cover, Odwołujący natomiast takich ofert nie składał, a ten rodzaj zamówienia wykracza poza działalność wskazaną w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Ponadto Zamawiający wskazał na znaczący – jego zdaniem – fakt, że siedziba Odwołującego znajduje się w sąsiedztwie siedziby spółki J.P. Cover oraz na współpracę tych podmiotów przy innych zamówieniach (dostarczanie przez J.P. Cover spoiw potrzebnych do wykonania usług realizowanych przez Odwołującego). Powyższe okoliczności nie zostały wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty

zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

W kontekście powyższego jednoznacznie negatywnie należy ocenić stanowisko Zamawiającego, który twierdził na rozprawie, że informując o odrzuceniu oferty nie miał obowiązku wykazać zasadności tego odrzucenia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności stanowiących podstawę tej czynności i że wystarczające było wskazanie na fakt odstąpienia od umowy z producentem J.P. Cover.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że o prawidłowości przedstawionego uzasadnienia odrzucenia oferty przesądza fakt, że Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że Odwołujący nie mógł mieć wiedzy, że poza okolicznościami wskazanymi w uzasadnieniu Zamawiający dostrzega jakieś inne, niewyrażone w tym uzasadnieniu, a będące podstawą tego odrzucenia. Wykonawca mógł więc traktować to uzasadnienie jako wyczerpujące. Dopiero odpowiedź na odwołanie ujawniła, że Zamawiający przyjął za podstawę odrzucenia oferty jeszcze inne okoliczności faktyczne, z których wyprowadził wniosek o nieważności oferty.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: