

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Członkowie: **Barbara Bettman**

Marek Koleśnikow

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2012 r. przez **Odwołującego – Elektrometal S.A. 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**,

przy udziale **Wykonawców – Konsorcjum Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii "SEVITEL" Sp. z o.o. oraz HAMACHER Elektrotechnika i Rozdzielnice Sp. z o.o., 40-189 Katowice, ul. Leopolda 31**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Elektrometal S.A. 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Elektrometal S.A. 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Elektrometal S.A. 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71** na rzecz **Zamawiającego Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Budowa sieci elektroenergetycznej 6 kV zasilającej urządzenia w pokładzie 364/1-2 w polu „F” i „W” dla KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” Ruch „Boże Dary”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 czerwca 2012 r. pod numerem 2012/S 106-177051.

W dniu 7 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ELEKTROMETAL S.A., z siedzibą przy ul. Stawowej 71, 43-400 Cieszyn (dalej „Odwołujący”) wobec:

- 1) zaniechania czynności w postaci wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii SEVITEL sp. z o.o. oraz HAMACHER Elektrotechnika i Rozdzielnice sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum SEVITEL”), które złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum SEVITEL;
- 2) zaniechanie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Konsorcjum SEVITEL z postępowania, mimo że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum SEVITEL;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy mimo wezwania Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2012 r. w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów złożonych w ramach niniejszego postępowania wykonawca złożył „Cennik części zamiennych do ognioszczelnych pól rozdzielczych”, który nie spełnia wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (dalej „SIWZ”), albowiem nie wyróżnia on części zamiennych nowych i poremontowych, czego wymagał Zamawiający w SIWZ.

Mając powyższe na względzie Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) naruszenie normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SEVITEL z postępowania, mimo, iż złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 2) naruszenie normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SEVITEL z postępowania, mimo iż nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu - złożone przez Konsorcjum SEVITEL dokumenty nie potwierdzają, aby dysponowało ono zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia;
- 3) naruszenie normy określonej w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 4) naruszenie normy określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SEVITEL, która nie odpowiada treści SIWZ, bowiem załączony do oferty dokument - cennik części zamiennych nie wyróżnia części zamiennych nowych i poremontowych czego wymagał Zamawiający w rozdz. I 10 ppkt 10.13 pkt j SIWZ;
- 5) naruszenie normy określonej w art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie Konsorcjum SEVITEL do udziału w aukcji elektronicznej, mimo iż wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu;
- 6) naruszenie normy określonej w art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo niezłożenia w postępowaniu co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyznaczenia terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz zaproszenia Konsorcjum SEVITEL do udziału w tej aukcji, a w przypadku przeprowadzenia aukcji po wniesieniu niniejszego odwołania - nakazanie unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum SEVITEL z postępowania jako podmiotu, który złożył w ramach postępowania nieprawdziwe informacje oraz

- odrzućenia jego oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum SEVITEL z postępowania jako podmiotu, który nie wykazał spełnienia warunku dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz odrzućenia jego oferty;
 - 4) względnie nakazanie Zamawiającemu odrzućenia oferty Konsorcjum SEVITEL, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
 - 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert niepodlegających odrzućeniu, a w konsekwencji nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
 - 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podnosił, że w dniu 1 sierpnia 2012 roku otrzymał od Zamawiającego informację o wyznaczeniu aukcji elektronicznej wskazującą, iż do udziału w aukcji zostali zaproszeni następujący wykonawcy: 1) Konsorcjum SEVITEL 2) Konsorcjum ELTRANS sp. z o.o. i GAL-TECH sp. z o.o. oraz 3) ELEKTROMETAL S.A.

Dowód: pismo KHW SA nr DF/EL/ELP/MA/6792/12 z dnia 1.08.2012 roku wraz z potwierdzeniem nadania faxem na numer Odwołującego (w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego);

Zatem Odwołujący dowiedział się o działaniach i zaniechaniach Zamawiającego (które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania) w dniu 1 sierpnia 2012 roku, a więc termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący podnosił, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z przepisami, których naruszenie Odwołujący zarzucił, to oferta Odwołującego musiałaby być uznana za najkorzystniejszą, wskutek czego Zamawiający udzieliłby Odwołującemu zamówienia. Należy uwzględnić, że Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum z postępowania i odrzucić ofertę tego wykonawcy, co skutkowałoby tym, że Zamawiający nie mógłby przeprowadzić aukcji elektronicznej, bowiem w postępowaniu nie byłoby co najmniej trzech ofert nie podlegających odrzućeniu, co stanowi warunek dopuszczalności przeprowadzenia aukcji elektronicznej (art. 91a ust. 1 ustawy Pzp). W konsekwencji, spośród pozostałych dwóch ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający winien wybrać ofertę najkorzystniejszą, którą z uwagi na zaoferowane ceny i wskazane przez Zamawiającego kryterium wyboru ofert

najkorzystniejszej, stanowi oferta Odwołującego. Oznacza to, iż gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP Odwołujący może zatem ponieść szkodę. Wskazane okoliczności przesądzają o interesie prawnym Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podnosił, iż Konsorcjum SEVITEL winno zostać wykluczone z postępowania z uwagi na to, iż załączone do oferty Konsorcjum SEVITEL oświadczenie podmiotu trzeciego udzielającego Konsorcjum SEVITEL swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia - oświadczenie z dnia 10.07.2012 r. złożone przez Elektromontaż Energetyka sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zawiera nieprawdziwe informacje. Zgodnie bowiem z aktualnym odpisem KRS według stanu na dzień 6.08.2012 r. Elektromontaż Energetyka sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej "Spółka") uchwałą z dnia 30 sierpnia 2011 r. została postawiona w stan likwidacji. Informacja o otwarciu likwidacji została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 19.11.2011 r.

Dowód: - aktualny odpis KRS Elektromontaż Energetyka sp. z o.o. według stanu na dzień 6.08.2012 r.

Od momentu postawienia Spółki w stan likwidacji winna ona posługiwać się firmą ze wskazaniem formy prawnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji (art. 274 § 2 k.s.h.). Z chwilą otwarcia likwidacji tracą swój status także członkowie zarządu spółki, a w miejsce tego organu powołani zostają likwidatorzy. Tymczasem, jak wynika z treści załączonego do oferty Konsorcjum oświadczenia Elektromontaż Energetyka sp. z o.o., nie zawiera ono informacji o tym, iż Spółka ta znajduje się w likwidacji, co oznacza, iż nie została wskazana prawdziwa - zgodna z przepisami k.s.h. firma Spółki. Co więcej, oświadczenie to zostało podpisane przez Ł..... O..... działającego jako "wiceprezes zarządu", co wynika z zamieszczonej na dokumencie pieczętki. Tymczasem, z uwagi na stan likwidacji, w którym znajduje się Spółka nie posiada ona już zarządu, co zresztą wynika z załączonego odpisu KRS tego podmiotu. Tylko z ostrożności należy zwrócić uwagę, iż mimo, że złożone oświadczenie nie zawiera szczegółowych danych Spółki takich jak NIP, REGON, czy numer KRS, co również wydaje się być zabiegiem zamierzonym, mimo, iż bezwzględnie obowiązujące przepisy wymagają wskazania tych danych na dokumentach pochodzących od Spółki (vide art. 206 § 1 k.s.h. i art. 16 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej), to niewątpliwie oświadczenie to zostało złożone przez podmiot, którego odpis

z KRS przedkłada wraz z niniejszym pismem Odwołujący, albowiem w Krajowym Rejestrze Sądowym brak innego podmiotu, który posługiwałby się firmą „Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o.”. Przedstawione informacje i dowód w postaci aktualnego odpisu KRS wskazują w sposób oczywisty, iż Konsorcjum SEVITEL złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Gdyby bowiem Konsorcjum SEVITEL nie złożyło tego oświadczenia, to nie wykazałoby, iż dysponuje odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i w konsekwencji podlegałoby wykluczeniu. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Konsorcjum SEVITEL nie może zasłaniać się argumentem, iż nie wiedziało o tym, iż oświadczenie to jest nieprawdziwe. Konsorcjum SEVITEL przyjmując oświadczenie, winno było bowiem dokonać weryfikacji tego, czy oświadczenie zostało złożone przez osoby uprawnione do reprezentacji Spółki. Dochowanie przez Konsorcjum należytej staranności w tym zakresie pozwoliłoby na ustalenie, iż oświadczenie jest nieprawdziwe. Tym bardziej, że informacja o stanie likwidacji, w który postawiona została Spółka, jest zamieszczona w jawnym i powszechnie dostępnym rejestrze (vide art. 8 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz. U. Nr 168 z 2007 r., poz. 1186 z późn. zm.). Co więcej, stosownie do postanowienia art. 15 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym nikt nie może zasłaniać się nieznaną ogłoszonych wpisów w KRS.

Ponadto, należy przyjąć że skoro Konsorcjum SEVITEL pozostaje ze Spółką w takich relacjach, że Spółka deklaruje Konsorcjum SEVITEL udostępnienie swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, to należy przyjąć, iż Konsorcjum SEVITEL wiedziało, iż Spółka od prawie roku znajduje się w stanie likwidacji.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę ([w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV, Teza nr 9). Z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu (zob. M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Teza nr 9). Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest

wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania bez wątpienia należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu (zob. M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Teza nr 9). Zamawiający, stwierdzając że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania, obowiązany jest czynności tej dokonać. Zamawiający powinien wykluczać wykonawców z postępowania niezwłocznie po uzyskaniu wiadomości o istnieniu przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy (T. Czajkowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, s. 102).

Jak wskazuje się w orzecznictwie „szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. Za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogący wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach.

Fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia.

Bez znaczenia pozostaje sposób przedstawienia informacji nieprawdziwych, a także fakt, czy zostaną one przedłożone wraz z wnioskiem lub ofertą, czy też zostaną przedstawione w ramach uzupełnienia dokumentów w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 p.z.p., czy też w ramach wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 p.z.p. Bez znaczenia jest również okoliczność, czy będą to oświadczenia lub dokumenty sporządzone przez wykonawcę, czy też przez podmioty trzecie. Istotne jest jedynie przedstawienie w jakiegokolwiek formie w toku postępowania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na jego wynik" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2012 r.; KIO 566/12; LEX nr 1148289).

Przedstawione niniejszym okoliczności jednoznacznie dowodzą, że Konsorcjum SEVITEL w ramach oferty złożyło nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik

postępowania, co wobec zaniechania wykluczenia tego oferenta i odrzucenia jego oferty uzasadnia zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Niezależnie od powyższego należy również podnieść, że z istoty postępowania likwidacyjnego wynika, iż Spółka Elektromontaż Energetyka sp. z o.o. w istocie nie będzie miała możliwości udostępnić wykonawcy żadnych zasobów, a w szczególności w postaci wiedzy i doświadczenia. Zgodnie bowiem z art. 282 § 1 k.s.h. „Likwidatorzy powinni zakończyć interesy bieżące spółki, ściągnąć wierzytelności, wypełnić zobowiązania i upłynnić majątek spółki (czynności likwidacyjne). Nowe interesy mogą wszczynać tylko wówczas, gdy to jest potrzebne do ukończenia spraw w toku.” Z brzmienia cytowanego przepisu wynika zatem jednoznacznie, iż spółka w likwidacji ma ustawowy zakaz podejmowania nowych interesów, jeżeli nie są one potrzebne do ukończenia spraw w toku. Niewątpliwie wykonywanie czynności doradczych względem wykonawcy w zakresie inwestycji, o którą wykonawca ten dopiero się ubiega, nie będzie mieścić się w tym zakresie. Co więcej, biorąc pod uwagę dane wynikające z odpisu KRS dla Spółki istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego, czy Spółka faktycznie prowadzi jakąkolwiek działalność, a co za tym idzie, czy posiada jakiegokolwiek zasoby, które mogłaby udostępnić Konsorcjum SEVITEL. Z treści odpisu KRS wynika bowiem, iż Spółka już od 2002 r. nie składa do Krajowego Rejestru Sądowego sprawozdania z działalności oraz uchwał o zatwierdzeniu sprawozdania finansowego, a zatem nie wypełnia podstawowych obowiązków związanych z jej istnieniem. Co za tym idzie, istnieje uzasadniona wątpliwość, czy spółka zatrudnia jakichkolwiek pracowników, którzy posiadaliby zasoby, o których mowa w jej oświadczeniu.

Tymczasem, z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty (realny), co oznacza, że wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do realizacji zamówienia, W przykładowym orzeczeniu C-176/98 Holst Italia Trybunał wskazał, że zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy wykonawca, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego jest odpowiedni, tzn. czy spełnia określone kryteria. Weryfikacja ta ma na celu umożliwienie zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia (z uzasadnienia do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2012 r.; KIO 466/12; LEX nr 1131240).

Podobnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów

nierozerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Udostępnienie zasobów polega bowiem na faktycznym przekazaniu potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia (zob. przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2011 r., KIO 356/11). Co więcej, w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO 890/10, Krajowa Izba Odwoławcza właśnie na gruncie wiedzy i doświadczenia udostępnianych wykonawcy przez podmiot trzeci wyraziła pogląd, iż wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozdzielnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owe połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy, może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości.

W tych okolicznościach należy stwierdzić, że Konsorcjum SEVITEL nie wykazało jednego z warunków udziału w postępowaniu - posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, a więc winno być - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - z niego wykluczone, a w konsekwencji jego oferta odrzucona.

Zarzut naruszenia normy określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2012 r. wezwał Konsorcjum SEVITEL do uzupełnienia dokumentów złożonych w postępowaniu zgodnie z zapisami SIWZ poprzez m.in. przedłożenie cennika części zamiennych nowych i porównawczych wraz z określeniem godzinowej stawki pracy serwisu w dni robocze, soboty, niedzielę i święta zgodnie z rozdz. I 10 ppkt 10.13 pkt j SIWZ. Pismem z dnia 27 lipca 2012 r. Konsorcjum dokonało uzupełnienia oferty. Przedstawiony dokument w postaci „Cennika części zamiennych do ognioszczelnych pól rozdzielczych” nie czyni jednak zadość wymogom określonym w/w punkcie SIWZ.

Dowód:

- specyfikacja istotnych warunków zamówienia - w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego;
- Cennik części zamiennych do ognioszczelnych pól rozdzielczych” przedłożony przez Konsorcjum przy piśmie z dnia 27 lipca 2012 r. - w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego;

Przedłożony przez Konsorcjum cennik zawiera wykaz części zamiennych wraz z ich ceną brutto i netto, nie zawiera jednak podziału na wykaz części zamiennych nowych i

poremontowych, jak również w ogóle nie zawiera informacji, którego z w/w rodzajów części ten wykaz dotyczy.

Tymczasem, Zamawiający w treści SIWZ (rozdz. I 10 ppkt 10.13 pkt j SIWZ) wymagał, aby w cenniku uwzględnione były zarówno części nowe, jak też poremontowe.

Ponadto, jak wynika ze szczegółowych wymagań technicznych SIWZ (s. 19 pkt X ppkt 5 lit. c) cennik ten winien stanowić załącznik do umowy, co powoduje, że w istocie brak takiego załącznika uniemożliwia podpisanie umowy zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

W świetle powyższego zdaniem Odwołującego nie ma zatem wątpliwości, iż złożona przez Konsorcjum SEVITEL oferta nie odpowiada treści SIWZ. Okoliczność ta nakłada z kolei na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty Konsorcjum SEVITEL stosownie do postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wszak jak wskazuje orzecznictwo „Wymienione w art. 89 p.z.p. przesłanki stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki zamawiający ma obowiązek a nie uprawnienie do odrzucenia oferty.” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 31 sierpnia 2010 r.; V SA/Wa 769/10).

Na marginesie wskazać należy, iż skoro Zamawiający wprowadził w SIWZ wymóg złożenia cennika zawierającego wykaz części zamiennych zarówno nowych jak i poremontowych, to obecnie nie może dokonywać modyfikacji wymagań zawartych w SIWZ poprzez akceptację cennika nie wskazującego nawet jakiego rodzaju części cennik dotyczy. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie (Tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2012 r.; KIO 613/12; LEX nr 1148329).

Przedstawione okoliczności rozstrzygają o zasadności sformułowanego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie.

Zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podnosił, iż w rezultacie tego, iż Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum z postępowania i nie odrzucił jego oferty, naruszył również art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wyznaczył termin aukcji elektronicznej (mimo iż zostały złożone jedynie dwie oferty niepodlegające odrzuceniu), a także zaprosił do niej wykonawcę, którego oferta winna zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (...) zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W przypadku więc uwzględnienia przez KIO podniesionych w *petitum* odwołania zarzutów, nie ziści się określona w art. 91a ust. 1 ustawy Pzp przesłanka złożenia co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. Dlatego wybór oferty dokonany będzie musiał zostać w oparciu o przepisy dotyczące przetargu nieograniczonego, z pominięciem przepisów o aukcji elektronicznej.

W związku z tym, czynność wyznaczenia terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej bądź też czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej (w zależności do stanu faktycznego istniejącego w momencie rozpatrywania odwołania) powinny zostać unieważnione.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 6 sierpnia 2012 r. o godz. 13.25 (potwierdzenie załączone do odwołania).

W dniu 7 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 10 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum SEVITEL. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji pozbawiłoby Konsorcjum możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. W interesie zgłaszającego przystąpienie pozostaje zatem oddalenie odwołania.

W dniu 17 sierpnia 2012 r. zgłaszający przystąpienie przedstawił dodatkowe stanowisko merytoryczne. Podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania, wskazując, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie doszło do zarzucanego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do Konsorcjum SEVITEL. Treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, a postępowanie zostało

przeprowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie od argumentów przeciwko uwzględnieniu poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Konsorcjum SEVITEL wskazywało, iż Odwołujący utracił interes prawny we wniesieniu odwołania w związku z wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia ma występować przede wszystkim w dacie wnoszenia odwołania lub w przeszłości, jednakże należy go oceniać w kontekście całego postępowania odwoławczego (KIO 1388/11). W momencie wniesienia odwołania przetarg nie był jeszcze rozstrzygnięty, a Odwołujący, starając się o uzyskanie zamówienia, zażądał wykluczenia konkurencyjnego podmiotu, powołując się na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania określonych czynności. Odwołujący utracił interes w uwzględnieniu żądań zawartych w odwołaniu z chwilą wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum SEVITEL powinno zostać wykluczone z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia z uwagi na nieprawdziwe informacje zawarte w oświadczeniu z dnia 10 lipca 2012 r. złożonym przez Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Spółka ta jako inny podmiot, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązała się w powyższym oświadczeniu do oddania do dyspozycji Konsorcjum SEVITEL niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu powyższego zamówienia. Według twierdzenia Odwołującego, opartego na aktualnym odpisie KRS, zgodnie ze stanem na dzień 6 sierpnia 2012 r., spółka została postawiona w stan likwidacji uchwałą z dnia 30 sierpnia 2011 r. i jako taka powinna posługiwać się firmą ze wskazaniem formy prawnej: "spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji". Ponadto Odwołujący zarzucał, iż oświadczenie w imieniu spółki Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. zostało podpisane przez osobę, która w związku ze stanem likwidacji nie jest już członkiem zarządu. Wbrew przedstawionym zarzutom, w momencie złożenia przedmiotowego oświadczenia, spółka nie znajdowała się już w stanie likwidacji. Dnia 26 czerwca 2012 r. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w likwidacji we Wrocławiu podjęło uchwałę w sprawie dalszego istnienia spółki, na podstawie art. 273 Kodeksu spółek handlowych W uchwale jednomyślnie postanowiono, że spółka będzie nadal istniała i prowadziła działalność

gospodarcza, nie ulegnie rozwiązaniu, a uchwała Nr 2/2011 z dnia 30 sierpnia 2011 r. w sprawie rozwiązania i likwidacji spółki traci moc. Odwołano także Pana Ł..... O..... z funkcji likwidatora Spółki. Jednocześnie, w kolejnej uchwale podjętej w ramach zwołanego Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników, powołano go na członka nowego zarządu.

Dowód: Protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w likwidacji we Wrocławiu z dnia 26 czerwca 2012 r.

Oświadczenie z dnia 10 lipca 2012 r. zostało więc złożone przez spółkę nie pozostającą już w stanie likwidacji,

Dowód: Wniosek o zmianę wpisu w Krajowym Rejestrze Sadowym (KRS-Z61)

Uchylenie likwidacji następuje z chwilą podjęcia stosownej uchwały w tej sprawie, a nie wpisania do rejestru. Wpis do rejestru ma w tym przypadku zatem jedynie charakter deklaratoryjny, wobec czego nieujawnienie faktu uchylenia likwidacji spółki w KRS w momencie złożenia oświadczenia nie jest dowodem na dalsze pozostawanie tej spółki w stanie likwidacji. Nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że z treści odpisu z KRS wynika, że spółka Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. od 2002 roku nic składa do Krajowego Rejestru Sądowego sprawozdania z działalności oraz uchwał o zatwierdzeniu sprawozdania finansowego. Jest to w sposób oczywisty sprzeczne z prawdą, jako że odpis z KRS zawiera szczegółowe wyliczenia przedstawianych corocznie sprawozdań (ostatnie z 1 lipca 2011r. za okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2010 r.). Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. prowadzi działalność pozwalającą na oddanie do dyspozycji zasobów wiedzy i doświadczenia Konsorcjum SEVITEL. Zespół osób działający w ramach przedsiębiorstwa tej spółki może być wykorzystywany w umówionym zakresie przez Konsorcjum SEVITEL przez cały okres wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszana przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 91 a ust. 1 ustawy Pzp

Złożona przez Konsorcjum SEVITEL oferta odpowiada treści SIWZ w zakresie dotyczącym cennika części zamiennych. Zgodnie z postanowieniem punkt X, podpunkt 5c rozdziału II SIWZ: „Wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu cennik części zamiennych wraz z określeniem godzinowej stawki pracy serwisu w dni robocze, soboty, niedziele i święta”. Konsorcjum SEVITEL przedstawiło dokument zatytułowany „Cennik części zamiennych do ognioszczelnych pól rozdzielczych”, w którym wyczerpująco uczyniło zadość wezwaniu Zamawiającego, w zgodzie z postanowieniami

SIWZ. Z przytoczonego wyżej postanowienia SIWZ nie wynika obowiązek wyszczególnienia w ramach oferowanych części zamiennych części nowych i części poremontowych. Postanowienie, iż cennik zawierać powinien wskazanie części zamiennych nowych i poremontowych znajduje się w I rozdziale SIWZ, punkcie 10.13. Dwa powyżej przytoczone postanowienia nie są identyczne, co wyraźnie wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego w tym zakresie. Co więcej, z uwagi na to, że części poremontowe nie mogą być stosowane przez wykonawców na żadnym etapie wykonania umowy, a jedyne kryterium oceny oferty stanowi cena (waga 100%), zapis ten należy uznać za bezprzedmiotowy. Wobec niejednorodności postawionych w SIWZ wymagań, za obowiązujący należy przyjąć ten sposób ich rozumienia, który jest korzystniejszy dla Konsorcjum SEVITEL. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą wszelkie wątpliwości co do postanowień SIWZ rozstrzyga się bowiem na korzyść wykonawców (KIO/UZP 506/10).

Zdaniem Konsorcjum SEVITEL podkreślić przy tym trzeba, że zgodnie z umową, będącą częścią SIWZ, wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy z fabrycznie nowych części. Postanowienie § 4 pkt 9 umowy wyraźnie stanowi, że „Wykonawca oświadcza, iż zastosowane materiały są fabrycznie nowe i wolne od wad prawnych i roszczeń majątkowych osób trzecich”. Brak jest w SIWZ oraz umowie jakiegokolwiek postanowienia, które pozwalałoby na stosowanie przez wykonawcę części zamiennych innych niż nowe na jakimkolwiek jej etapie. W szczególności postanowienia § 10 umowy, dotyczące gwarancji, nie przewidują takiej możliwości. Oczywistym jest, iż skoro do wykonania zamówienia należy wykorzystać części fabrycznie nowe, także w okresie gwarancyjnym zastosowane części powinny być nowe. Brak jest podstaw do przyjęcia odmiennego stanowiska w tym zakresie. Zastosowanie innych części stanowiłoby naruszenie wynikającego z § 4 pkt 9 umowy obowiązku stosowania części fabrycznie nowych. Przedstawiony przez Konsorcjum SEVITEL „Cennik części zamiennych do ognioszczelnych pól rozdzielczych” zawierał zatem wyłącznie części nowe. Ponadto Konsorcjum SEVITEL podkreślał, iż przy wykonywaniu umowy korzysta jedynie z części nowych.

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący nie powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta nie mogła zostać odrzucona, będąc zgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych ofert i zgodnie z przepisem art. 91a ust. 1 ustawy Pzp wyznaczył aukcję elektroniczną dla trzech najkorzystniejszych ofert nie podlegających odrzuceniu. Wobec bezzasadności pozostałych zarzutów Odwołującego czynność wyznaczenia terminu przeprowadzenia aukcji

elektronicznej oraz czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej nie powinny zostać unieważnione.

Zarzutów Odwołującego nie można uznać za zasadne, brak więc podstawy do uwzględnienia jego żądań wniesionych w odwołaniu, które powinno zostać oddalone w całości.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale I pkt 6 "Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie wykonawca winien dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu" wymagał:

"6.1. W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 5.1. niniejszej SIWZ, zamawiający żąda złożenia:

1. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw i usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia na łączną kwotę co najmniej 2 000 000,00 zł netto (słownie: dwa miliony zł), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie (załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ) (...)"

Z kolei w rozdziale I pkt 10 "Opis sposobu przygotowania oferty" ppkt 10.13 lit. j) Zamawiający wskazał, że oferta musi obowiązkowo zawierać: Wykaz i cennik części zamiennych nowych i poremontowych wraz z określeniem godzinowej stawki pracy serwisu w dni robocze, soboty, niedziele i święta. Podane ceny winny być skalkulowane na okres objęty gwarancją.

W rozdziale II SIWZ "Szczegółowe wymagania techniczne" pkt X ppkt 5c Zamawiający postawił wymóg "Wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu cennik części zamiennych wraz z określeniem godzinowej stawki pracy serwisu w dni robocze, soboty, niedziele i święta. Podane ceny mają być skalkulowane na okres objęty gwarancją. Ww. cennik stanowić będzie załącznik do umowy".

W rozdziale IV Istotne postanowienia umowy w § 7 ust. 4 przewidziano:

"Cennik części zamiennych nowych i poremontowych wraz z określeniem godzinowej stawki pracy serwisu w dni robocze, soboty, niedziele i święta stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy. Podane ceny w załączniku nr 1 winny być skalkulowane na okres 12 miesięcy i nie ulegną zmianie w okresie obowiązywania. Po upływie wymaganego okresu ważności załącznika Wykonawca raz w roku przedstawi Zamawiającemu zaktualizowany cennik zawierający powyższe informacje".

Zamawiający w wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ z 5 lipca 2012 r. w odpowiedzi na pytanie 9 dokonał modyfikacji § 7 ust. 4 istotnych postanowień umowy: "Podane ceny w załączniku nr 1 powinny być skalkulowane na okres objęty gwarancją i nie ulegną zmianie w okresie jej obowiązywania".

Do oferty Konsorcjum SEVITEL załączono wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw i usług obejmujący 18 pozycji. Pozycje "Modernizacja rozdzielni 6kV R-2 w KHW S.A. KWK "Murcki-Staszic Ruch "Boże Dary" wykonana w 2011 r. o wartości netto 241 500 zł oraz "Budowa stacji transformatorowo-rozdzielczej 20/6 kV etap II w centralnym Zakładzie Odwadniania Kopalń w Czeladzi, Ruch III - rejon Dębieńsko" wykonana w okresie 04.03.2011-15.07.2011 o wartości 803.805, 75 zł netto dotyczyły realizacji wykonanych przez Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Do oferty załączono zobowiązanie do udostępnienia zasobów Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w zakresie wiedzy i doświadczenia z 10 lipca 2012 r. podpisane przez Ł..... O..... - wiceprezesa zarządu. Załączono także referencje dotyczące przedmiotowych zamówień.

Pismem z 24 lipca 2012 r. Zamawiający wystąpił do Konsorcjum SEVITEL o uzupełnienie cennika części zamiennych nowych i poremontowych wraz z określeniem godzinowej stawki pracy serwisu w dni robocze, soboty, niedziele i święta, który nie został załączony do oferty.

Konsorcjum SEVITEL uzupełniło dokument zatytułowany "Cennik części zamiennych do ognioszczelnych pól rozdzielczych", w którym nie rozróżniono części nowych i poremontowych.

Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2012 r. zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej 3 wykonawców, którzy złożyli oferty: 1) Konsorcjum Eltrans sp. z o.o. (cena: 4 895 400zł), 2) Konsorcjum SEVITEL (cena: 3 420 630 zł), 3) Odwołującego (cena: 3 504 270 zł). Termin aukcji elektronicznej został wyznaczony na 6 sierpnia 2012 r. na godz. 10.00.

W dniu 6 sierpnia 2012 r. aukcja elektroniczna się odbyła. Najtańszą ofertę złożył w niej Odwołujący.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum SEVITEL z uwagi na spełnienie przesłanek skuteczności przystąpienia, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Odwołujący nie spełnia bowiem przesłanki interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a której zaistnienie stanowi podstawowy wymóg dla dopuszczalności uwzględnienia odwołania. Ustalenie, że wnoszący odwołanie nie spełnia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w tym przepisie, stanowi samoistną podstawę oddalenia odwołania bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wiąże on zatem możliwość skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, z ochroną interesu wykonawcy, który na skutek niezgodnych z ustawą Pzp czynności czy zaniechań zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania danego zamówienia. Powyższe jednak nie odnosi się do innych, w szczególności majątkowych, interesów wykonawcy, które mogą doznać szkody w związku z działaniami/zaniechaniami zamawiającego. Innymi słowy, ochroną w ramach postępowania odwoławczego objęte jest pozbawienie możliwości pozyskania danego zamówienia na skutek naruszeń ustawy Pzp dokonanych przez Zamawiającego (tj. wykonawca nie uzyskałby zamówienia, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej), nie zaś pozyskanie tego zamówienia na korzystniejszych dla wykonawcy warunkach. Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp badany jest na moment wniesienia odwołania, przy czym pojęcie wniesienia odwołania oznacza jego fizyczny wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w przewidzianej ustawą Pzp formie - pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp). Odwołanie formalnie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 sierpnia 2012 r., a zatem już po zakończeniu aukcji elektronicznej, która odbyła się 6 sierpnia 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 6 sierpnia 2012 r. o godz. 13.25 (potwierdzenie załączone do odwołania), a zatem w toku prowadzenia aukcji, w której Odwołujący wziął udział, składał postąpienia i ostatecznie złożył najtańszą ofertę. Tym samym na dzień wniesienia odwołania tj. 7 sierpnia 2012 r. aukcja była zakończona, a

Odwołujący był wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Fakt, że Odwołujący sporządził odwołanie przed zakończeniem aukcji z formalnego punktu widzenia pozostaje bez znaczenia dla przydania mu interesu w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ten bada się na dzień wniesienia odwołania, a w tej dacie wyniki aukcji były już znane. Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż w dniu 6 sierpnia 2012 r. Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia go legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną aukcją. Jak było już wskazane powyżej, nie może uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp możliwość – w razie potwierdzenia zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu – uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach (niż za niższą cenę zaoferowaną w wyniku aukcji) w razie, gdyby do aukcji miało nie dojść z uwagi na złożenie mniej niż trzech ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 91a ust. 1 ustawy Pzp). Nie stanowi to bowiem o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla wykonawcy warunkach. Powyższe jednak nie mieści się w dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, lecz co najwyżej może być rozważane przez pryzmat możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, przy czym zaistnienie przesłanki szkody nie jest wystarczające dla spełnienia wymagań przewidzianych art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten bez wątpienia wymaga kumulacji określonych w nim przesłanek- wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście ewentualnego wyłączenia możliwości zaskarżenia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej poprzez wyeliminowanie podmiotu, który byłby uprawniony do wniesienia odwołania w tym zakresie. Należy zauważyć, iż ochrona interesów Odwołującego w tej mierze realizuje się poprzez instytucję przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a nie wykluczenie wykonawcy, który mógłby wnieść takie odwołanie. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym możliwość pozyskania zamówienia jest przez Odwołującego niezagrażona. Stąd odwołanie – wobec niewykazania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia – podlega oddaleniu.

Izba podnosi, iż niezależnie od powyższego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie także na skutek merytorycznego rozpoznania zarzutów. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt*

naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić". Wprawdzie wobec stwierdzenia braku przesłanki wymaganej art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie była zobligowana do merytorycznego rozpoznania odwołania, jednak nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy, pomimo braku takiego ustawowego obowiązku, poddano analizie zarzuty postawione w odwołaniu.

Odwołujący stawiał zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SEVITEL, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zostało udzielone przez podmiot będący w likwidacji, przy czym okoliczność ta nie została ujawniona w treści zobowiązania. Zdaniem Izby należy zauważyć, iż wobec argumentacji przedstawionej w piśmie Konsorcjum SEVITEL z 17 sierpnia 2012, tj. iż w dniu 26 czerwca 2012 r. Nadzwyczajnie Zgromadzenie Wspólników spółki Elektromontaż Energetyka sp. z o.o. w likwidacji podjęło jednomyślnie uchwałę w trybie art. 273 Kodeksu spółek handlowych o uchyleniu likwidacji i dalszym istnieniu spółki, która to uchwała ma charakter deklaratoryjny, Odwołujący w istocie zaniechał popierania zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez Konsorcjum SEVITEL. Za nieprawdziwą informację uznawał bowiem udzielenie zobowiązania do udostępnienia zasobów bez ujawnienia, że wystawca zobowiązania jest spółką z o.o. w likwidacji, co jego zdaniem uniemożliwiałoby powołanie się na zasoby takiego podmiotu. Podkreślić należy, że z dokumentacji przedstawionej przez Konsorcjum SEVITEL wynika, że na skutek stosownej uchwały zgromadzenia wspólników podjętej w trybie art. 273 Kodeksu spółek handlowych likwidacja została uchylona, który to fakt został zgłoszony do sądu rejestrowego, zaś Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego. Co więcej w toku rozprawy przyznał, iż brak jest informacji, którą można by uznać za nieprawdziwą. Izba podkreśla, iż powoływana przez Odwołującego regulacja art. 14 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2007 Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.), zgodnie z którą podmiot obowiązany do złożenia wniosku o wpis do Rejestru (Krajowego Rejestru Sądowego) nie może powoływać się wobec osób trzecich działających w dobrej wierze na dane, które nie zostały wpisane do Rejestru lub uległy wykreśleniu z Rejestru, pozostaje irrelevantna z punktu widzenia oceny zaistnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten wymaga wykazania,

że informacja jest nieprawdziwa (obiektywnie niezgodna z rzeczywistością) oraz jej wpływu lub możliwego wpływu na wynik postępowania. Tym samym fakt nieujawnienia jeszcze w Krajowym Rejestrze Sądowym uchylenia likwidacji nie oznacza, iż możliwym byłoby przyjęcie, że skutki uchwały uchylającej likwidację nie nastąpiły. W tej mierze decyduje charakter wpisu, a w przedmiotowej sprawie ma on znaczenie deklaratywne. Podobnie naruszenie 7-dniowego terminu na złożenie wniosku o wpis (art. 22 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym) pozostaje bez wpływu na ocenę skuteczności uchwały. Ponadto Izba stwierdza, iż Odwołujący w istocie nie wykazał przesłanki wpływu (możliwego wpływu) na wynik postępowania. Konsorcjum SEVITEL wykazało bowiem w przedłożonym przez siebie wykazie dostaw szereg innych zamówień, które dawały łącznie wymaganą SIWZ wartość co najmniej 2 000 000,00 zł netto. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnej argumentacji, która podważałaby prawidłowość zamówień podanych w wykazie. Ograniczenie się do stwierdzenia w toku postępowania przed Izbą, iż dział techniczny Odwołującego dokonał stosownej weryfikacji, uznając konieczność odwołania się do udostępnionej przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należy uznać za niewystarczające. Także sam fakt powołania się przez wykonawcę na cudzą wiedzę i doświadczenie nie jest tożsamy z wnioskiem, iż nie sposób przyjąć spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia tylko w oparciu o własne zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może samodzielnie prowadzić takich ustaleń.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SEVITEL z postępowania, mimo iż nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu - złożone przez Konsorcjum SEVITEL dokumenty nie potwierdzają, aby dysponowało ono zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia. Jak było to wskazane powyżej, Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, że udostępnione przez podmiot trzeci wiedza i doświadczenie są niezbędne dla uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, pomimo że w wykazie dostaw załączonym do oferty przedstawił on szereg innych zamówień, które formalnie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby dowiedzenie tej okoliczności jest niezbędne dla uznania, że nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto w świetle okoliczności uchylenia likwidacji zawarta w odwołaniu argumentacja opierająca się na statusie spółki z o.o. w likwidacji (zakaz podejmowania nowych interesów, wątpliwości co do faktycznego prowadzenia działalności, zatrudniania pracowników, a zatem zdolności do faktycznego przekazania potencjału) traci swoje umocowanie. Z kolei wątpliwości co do realności

udostępnienia z uwagi na niedawny status podmiotu w likwidacji nie znalazły swojego poparcia dowodowego.

Izba zauważa, iż podnoszona przez Odwołującego argumentacja, że jeżeli nastąpiło uchylene likwidacji i w spółce funkcjonuje zarząd, to zgodnie z obowiązującymi w niej zasadami reprezentacji Pan Ł..... O..... nie był uprawniony do samodzielnego działania przy podpisywaniu zobowiązania (obowiązywała reprezentacja dwuosobowa, a zmiana w tym zakresie wymagałaby zmiany umowy spółki i byłaby skuteczna dopiero po dokonaniu wpisu do rejestru), a zatem jest ono nieskuteczne, nie była zawarta w treści odwołania. Oznacza to zatem, iż w świetle regulacji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać o zarzutach, które nie były zawarte w odwołaniu, podnoszona argumentacja nie mogła stać się przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

Zgodnie z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny.

Zdaniem Izby za niezasadny należy uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SEVITEL, która nie odpowiada treści SIWZ, bowiem załączony do oferty dokument - cennik części zamiennych nie wyróżnia części zamiennych nowych i poremontowych, czego wymagał Zamawiający w rozdziale I 10 ppkt 10.13 pkt j SIWZ. Izba zauważa, że skutek w postaci odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ następuje, gdy niezgodność dotyczy merytorycznych aspektów oferty, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Tymczasem analiza SIWZ pozwala uznać, iż wymagany przez Zamawiającego jako załącznik do oferty cennik części zamiennych nowych i poremontowych miał charakter wyłącznie informacyjny. Dotyczył on okresu gwarancji, a zgodnie z SIWZ (rozdział II SIWZ Szczegółowe wymagania techniczne pkt X Gwarancja ppkt 5 lit. a) przewidziano, że wykonawca zagwarantuje dostawę części zamiennych i świadczenie usług serwisowych nieodpłatnie w okresie gwarancyjnym i odpłatnie w okresie pogwarancyjnym. Tym samym, jak wyjaśniał Zamawiający, wspomniany cennik części zamiennych odnosiłby się w istocie tylko do napraw, które nie byłyby objęte warunkami gwarancji (np. wskutek spowodowania uszkodzenia z winy Zamawiającego). Równocześnie jednak SIWZ ani istotne postanowienia umowy nie nakładają na Zamawiającego obowiązku zlecenia takiej naprawy wykonawcy, choć równocześnie wykonawca ma wówczas zagwarantować dostawę części zamiennych i usług serwisowych (rozdział II Szczegółowe wymagania techniczne pkt X Gwarancja ppkt 5 lit. b) SIWZ – „Wykonawca zagwarantuje dostawę części zamiennych i świadczenie usług serwisowych: (...) w przypadku napraw wynikających z winy Zamawiającego lub wymiany części szybkozużywających się w okresie pogwarancyjnym”). Ponadto żadne postanowienia

SIWZ nie ustanawiają jakichkolwiek wymagań odnośnie obowiązku stosowania części zamiennych nowych lub poremontowych. Odwołanie do części zamiennych poremontowych pojawia się tylko w tytule ww. cennika. Sama realizacja umowy musi bowiem opierać się na częściach nowych (rozdział II Szczegółowe wymagania techniczne pkt III. Warunki dostawy i transportu materiałów i urządzeń: "Wykonawca dostarcza niezbędne materiały do realizacji niniejszego zadania do magazynu Zamawiającego. Wszystkie materiały dostarczone w ramach zamówienia winny być fabrycznie nowe oraz posiadać wymagane dokumenty"). Dodatkowo Zamawiający wyjaśniał, iż zastosowanie w okresie gwarancji części poremontowej mogłoby być problematyczne z punktu widzenia zachowania gwarancji. Powyższe oznacza zatem, iż nie istniały żadne ograniczenia co do możliwości zaoferowania w cenniku wyłącznie nowych części. Zdaniem Izby brak jednoznacznego doprecyzowania w treści cennika, iż dotyczy on tylko części nowych, nie świadczy o złożeniu dokumentu sprzecznego z treścią wymagań Zamawiającego, co miałoby skutkować zaistnieniem przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. O charakterze wymagań nie decyduje bowiem tytuł dokumentu, lecz merytoryczna zawartość SIWZ. W ocenie Izby nic nie stało także na przeszkodzie ewentualnemu wyjaśnieniu treści oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew stanowisku Odwołującego nie wiązałyby się to z jej modyfikacją, skoro wykonawca nie dokonywałby zmiany co do jakiegokolwiek pozycji cennika. Ponadto okoliczność, czy podane w cenniku części zamienne są nowe czy poremontowe jest w istocie bez znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności z treścią SIWZ, skoro SIWZ nie zawiera w tym względzie żadnych wymagań. Tym samym brak jest podstaw dla przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należy, iż w konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie Konsorcjum SEVITEL do udziału w aukcji elektronicznej, mimo iż wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu oraz poprzez wyznaczenie terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo niezłożenia w postępowaniu co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. Skoro nie zaistniały podstawy dla wykluczenia Konsorcjum SEVITEL z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i/lub 4 ustawy Pzp ani odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający był uprawniony do przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....