

Sygn. akt: KIO/UZP 143/10

WYROK
z dnia 25 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., 40-142 Katowice, ul. Modelarska 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 30 grudnia 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wojciecha Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WIMAR" Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Wojciech Wieczorek (pełnomocnik, adres: 44-274 Rybnik, ul. Konarskiego 52c) i Saarländische Ketten-und Eisenwarenfabrik GmbH oraz Wojciecha Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WIMAR" Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Wojciech Wieczorek, 44-274 Rybnik, ul. Konarskiego 52c** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie oceny ofert w częściach 11, 12, 13, 20, 21, 22, 24, 27, 28.

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., 40-142 Katowice, ul. Modelarska 11,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Fabryk Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., 40-142 Katowice, ul. Modelarska 11,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryk Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., 40-142 Katowice, ul. Modelarska 11**

U z a s a d n i e n i e

I. Kompania Węglowa (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Dostawę łańcuchów ogniowych górniczych i ogniów złącznych do łańcuchów ogniowych górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 188-271139 z dnia 30.09.2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21.01.2010 r. wykonawca Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING SA. (dalej: Odwołujący) wniósł poprzedzone protestem odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykluczenie wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie wykazał wykonania dostaw odpowiadającym rodzajem przedmiotowi zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i nieodrzućenie przez Zamawiającego ofert, które nie spełniają wymogów SIWZ, a zwłaszcza niezawierających certyfikatu potwierdzającego, że wyrób będący przedmiotem zamówienia może być stosowany w podziemnych wyrobiskach górniczych.

Odwołujący wnosil o:

- nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wojciecha Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WIMAR" Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Wojciech Wieczorek oraz Saarländische Ketten-und Eisenwarenfabrik GmbH i odrzucenia jego oferty złożonej na wykonanie zadań: 9, 11, 12, 13,
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Wojciecha wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe WIMAR Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku na wykonanie zadań: 20, 21, 22, 24, 27, 28,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w zakresie zadań nr 9, 11, 12, 13, 20, 21, 22, 24, 27, 28.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w częściach 11, 12,13,20,21,22,24,27,28. Słusznie Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w części nr 9, bowiem w tej części nie złożył oferty. Konstatacja ta nie jednak miała wpływu na zakres badanych przez Izbę zarzutów, jako że były one identyczne dla części 9, 11, 12, 13, a jedynie znalazła odzwierciedlenie w sentencji wyroku. Dokonywana przez Izbę weryfikacja zgodności z prawem czynności podejmowanych przez Zamawiającego odbywa się w wyłącznie w granicach zakreślonych przez skonkretyzowany interes prawny wykonawcy wnoszącego odwołanie, a nie jest kontrolą abstrakcyjną całości postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wojciecha Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WIMAR" Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Wojciech Wieczorek oraz Saarländische Ketten-und Eisenwarenfabrik GmbH; dalej: Konsorcjum (w zakresie zadań 11, 12, 13).

Skład orzekający nie podzielił zastrzeżeń Odwołującego co do czytelności podpisu reprezentanta jednego z partnerów Konsorcjum, złożonego pod pełnomocnictwem na stronie 58 oferty – rzeczywiście brak pieczęci imiennej wskazującej na tożsamość osoby podpisującej pełnomocnictwo, ale po pierwsze - brak podstaw do przypuszczeń, że podpis złożyła osoba nieuprawniona, po drugie - na stronie 36 oferty znajduje się odpis aktu notarialnego (zgodnie z tłumaczeniem na stronie 40 oferty jest to „Zeznanie na mocy przysięgi”), gdzie na stronie 2 tego aktu (strona 38 oferty) osoba, która złożyła podpis na pełnomocnictwie – Maria Maatje Nelisse – jest imiennie wskazana obok podpisu odręcznego, stąd nie mogło być wątpliwości, że podpis na pełnomocnictwie jest podpisem Marii Maatje Nelisse

Odwołujący zarzucał również, że Zamawiający niesłusznie zaniechał wykluczenia Konsorcjum z postępowania, mimo że partnerzy Konsorcjum nie wykazali, że spełniają warunek udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum wskazało, że wykonało dostawy rodzajowo podobne do przedmiotu zamówienia, co było zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt XII SIWZ, jednak nie przedstawiło dokumentów potwierdzających, że dostawy te wykonano należycie. Konsorcjum w uzupełnieniu dokumentów złożonym w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przedłożyło Zamawiającemu „poświadczenie” wydane przez Adwokatów i doradców podatkowych Hassentufel & Quack, z którego wynika, że firmy (zapewne odbiorcy dostaw zrealizowanych przez partnera Konsorcjum) „wywiązały się ze swoich ówczesnych zobowiązań finansowych”, dostawy były realizowane terminowo, i nie wniesiono reklamacji (poświadczenie jest załącznikiem do pisma Konsorcjum z dn. 27.11.2009 r., kopia w aktach sprawy). Skład orzekający stwierdził, że dokumentu tego nie można uznać za dokument potwierdzający, że dostawy zostały zrealizowane w sposób należyty, bowiem pochodzi on od podmiotu, który nie był zaangażowany w realizację (odbiór) dostaw odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia. Przepisy nie określają co prawda, jaka ma być postać „dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie” (§ 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.), jednak w ocenie składu orzekającego nie ma wątpliwości, że powinien on pochodzić od podmiotu, który był odbiorcą dostaw, bezpośrednio czy nawet pośrednio. Może to być jakikolwiek dokument, z którego wynika, że dostawa została wykonana należycie – nie muszą to być „referencje” w klasycznym rozumieniu, to jest pismo polecające, opisujące zakres i jakość wykonanych prac, ale dowolny dokument, z którego te fakty wynikałyby: może to być nawet faktura (Konsorcjum do oferty załączyło faktury, lecz w niewłaściwej formie, bowiem w języku niemieckim, bez tłumaczenia na język polski), jednak w takim przypadku z faktur – jeżeli miałyby być uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw – musiałyby w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że odbiorca faktury zaakceptował ją bez zastrzeżeń. Reasumując, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw są w ocenie składu orzekającego oświadczeniem wiedzy odbiorcy dostawy, i doradca podatkowy takiego oświadczenia za odbiorcę dostawy złożyć nie może. Wobec powyższego należy uznać, że Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Odnosnie certyfikatu złożonego przez Konsorcjum na stronie 122 oferty, Izba stwierdziła, że jest to certyfikat, jak bezpośrednio wynika z jego treści, dotyczący „łańcuchów ogniowych górniczych klasy C i o podwyższonej wytrzymałości w stosunku do klasy C”, a więc taki, jakiego oczekiwał Zamawiający. Rzeczywiście nie wymieniono w nim sprawozdań z badań (wykonanych przed dniem otwarcia ofert), dołączonych później w ramach uzupełnienia dokumentów przez Konsorcjum, a sprawozdania te objęte są „rozszerzeniem certyfikatu” (którego odpis złożył Odwołujący na rozprawie), wydanym po dacie składania ofert. Z całokształtu okoliczności wydaje się wynikać, że oferowany przez Konsorcjum przedmiot zamówienia na dzień otwarcia ofert spełniał wymagania Zamawiającego, ale istnieją wątpliwości, czy Konsorcjum wykazało ten fakt Zamawiającemu w odpowiedni sposób. Jednak ustalenia w tej kwestii nie mają wpływu na rozstrzygnięcie, bowiem jak stwierdzono powyżej, Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania.

Zarzuty odnoszące się do oferty złożonej przez Wojciecha Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "WIMAR" Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Wojciech Wieczorek (w zakresie zadań 20, 21, 22, 24, 27, 28).

Skład orzekający ustalił, co następuje:

Wymóg złożenia certyfikatu został określony w pkt IV.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ. Wojciech Wieczorek do oferty załączył dwa certyfikaty:

1. dla zadań nr 20, 21, 22, 24 i 28 - certyfikat nr B/1366/11/2008 (strona 31 oferty),
2. dla zadania nr 27 - certyfikat nr KOMAG/09/B/292 (strona 33 oferty).

W treści certyfikatu B/1366/11/2008 stwierdzono, że „podstawowe parametry techniczne wyrobu ujęte są w dokumentacji wymienionej na stronie 2 certyfikatu”; na stronie nr 2 certyfikat powołuje się na dokumentację techniczną i sprawozdania z badań przeprowadzonych w ramach procesu certyfikacji: podane są numery sprawozdań z badań stanowiących część certyfikatu od nr 08-319-1 do nr 08-319-10 i to one potwierdzają, jakie są rzeczywiste parametry badanego wyrobu.

Do oferty jednak nie załączono sprawozdań z badań przywołanych w certyfikacie.

Zamiast nich wykonawca załączył zupełnie inne sprawozdania z badań o nr od 09-417-1 do nr 09-417-13.

Skład orzekający podziela stanowisko Odwołującego, że sprawozdania z badań dotyczą tylko danej próbki, a nie odnoszą się ogólnie do danego wyrobu (zastrzeżenie w pkt 3 sprawozdania) - nie zastępują więc certyfikatu. W konsekwencji Izba w całości podzieliła spostrzeżenia Odwołującego i stwierdziła, że Wojciech Wieczorek za pomocą załączonych do oferty dokumentów, oraz dokumentów uzupełnionych później, nie wykazał, że oferowane przez niego wyroby spełniają wymogi Zamawiającego na dzień otwarcia ofert. Dokumentów tych wykonawca nie może ponownie uzupełnić, bowiem do ich uzupełnienia był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Ze względu na powyższe okoliczności oferta złożona przez Wojciecha Wieczorka powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....