

Sygn. akt: KIO/UZP 355/09

WYROK

z dnia 2 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Jolanta Markowska
	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, Lisów, ul. Częstochowska 19 i Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, Lisów, ul. Częstochowska 19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 25 lutego 2009 r.

przy udziale Wykonawcy **Zofii Szymańskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe Import - Eksport Gwarek Szymańska Zofia, Miękinia, Mrozów, ul. Zamkowa 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A., Katowice, ul. Damrota 16-18** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, Lisów, ul. Częstochowska 19 i Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, Lisów, ul. Częstochowska 19,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174,00 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., Katowice, ul. Damrota 16-18** na rzecz **Konsorcjum: Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, Lisów, ul. Częstochowska 19 i Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, Lisów, ul. Częstochowska 19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, Lisów, ul. Częstochowska 19 i Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, Lisów, ul. Częstochowska 19.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Katowicki Holding Węglowy S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę nowych strzemion. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2008 r. pod numerem 2008/S 184-244304.

W dniu 18 lutego 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w Częściach I-III zamówienia oferty Wykonawcy Zofia Szymańska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe Import - Eksport Gwarek Szymańska Zofia oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum: Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER i Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej zwane dalej Konsorcjum MONTER lub Odwołujący na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferta Konsorcjum MONTER uznana została za odrzuconą.

Wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem prawa, wykluczeniu Konsorcjum MONTER z udziału w postępowaniu oraz braku podania uzasadnienia faktycznego w zakresie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum MONTER wniosło w dniu 25 lutego 2009 r. (pismem z dnia 24 lutego 2009 r.) protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż w informacji o wynikach postępowania z dnia 18 lutego 2009 r. Zamawiający przytoczył jedynie treść art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie podając faktycznej podstawy wykluczenia, do czego zobowiązuje Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wskazać, dlaczego, w jego ocenie, złożone przez Odwołującego opinie bankowe nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, iż czynność wykluczenia podjęta bez podstawy prawnej i faktycznej jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.). Odwołujący przywołał też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 513/08).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazanie podstawy faktycznej wykluczenia Protestującego oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Konsorcjum MONTER jako najkorzystniejszej w zakresie Części I-III przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 27 lutego 2009 r. Odwołujący złożył pismo zatytułowane „Uzupełnienie protestu”, w którym zaprotestował wobec następujących czynności Zamawiającego:

- zaniechania wykluczenia Wykonawców Ewa Szymańska - Słota prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Import-Eksport MEK-POL Szymańska - Słota Ewa zwane dalej P.P.H. MEK-POL oraz Zofia Szymańska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe Import - Eksport Gwarek Szymańska Zofia zwane dalej P.P.H. GWAREK oraz odrzucenia ofert złożonych przez ww. Wykonawców, mimo że Wykonawcy ci nie spełnili warunków przedmiotowych, o których mowa w rozdziale II, pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także przedstawili w ofertach nieprawdziwe informacje, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- nierównego traktowania Wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł, iż w rozdziale II pkt 2.6. ppkt d Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał dołączenia do oferty „deklaracji zgodności, w której winien być uwzględniony zapis, iż oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi”. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, zarówno w ofercie P.P.H. GWAREK, jak i w ofercie P.P.H. MEK-POL znajdują się deklaracje zgodności dotyczące oferowanych strzemion (odpowiednio na stronach 55, 58, 61 oferty P.P.H. GWAREK i na stronach 52, 58, 67 oferty P.P.H. MEK-POL), których treść nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, gdyż mowa w nich o dowolnej nośności, jaką odrzwia mogą osiągnąć po ich zabudowie przy użyciu oferowanych strzemion, a nie o nośności gwarantowanej przez producenta. Zdaniem Odwołującego, w ww. deklaracjach zgodności Wykonawca, jako producenci strzemion zastosowali manipulację słowną, która w efekcie zwalnia ich od jakiegokolwiek odpowiedzialności w sytuacji, gdy oferowane przez nich strzemiona nie umożliwią projektowania obudowy z pełnym wykorzystaniem nośności elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowanej przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Odwołującego, „manipulacja i próba oszukania” Zamawiającego przez ww. Wykonawców polega również na tym, że w swych ofertach złożyli oni nieprawdziwe informacje o treści: „w deklaracji zgodności został umieszczony zapis, iż oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi” (odpowiednio strona 40 oferty P.P.H. GWAREK, strona 40 oferty P.P.H. MEK-POL). Odwołujący podkreślił, że na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 2 rozdziału II Specyfikacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ww. Wykonawcy złożyli wszystkie wymagane dokumenty, w tym identyczne jak w ofertach deklaracje zgodności. Wobec powyższego, z uwagi na fakt, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być dokonane tylko jednokrotnie, nie jest możliwe powtórne wezwanie do uzupełnienia owych wadliwych deklaracji zgodności.

Odwołujący zauważył, iż zaniechanie wykluczenia P.P.H. GWAREK i P.P.H. MEK-POL z postępowania i odrzucenia ich ofert stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co oznacza, że nie może zawrzeć ważnej umowy zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie Wykonawców P.P.H. MEK-POL oraz P.P.H. GWAREK z udziału w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili w dniu 6 marca 2009 r. (pismami z dnia 5 marca 2009 r.) Wykonawcy P.P.H. MEK-POL oraz P.P.H. GWAREK.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 10 marca 2009 r. przez jego oddalenie. Zamawiający wyjaśnił, iż w zgodnie z pkt 6.4 rozdziału I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w celu potwierdzenia, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia Zamawiający żądał złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek bankowy potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż: dla Części I – 400 000 zł, dla Części II – 1 000 000 zł i dla Części III – 1 000 000 zł. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że w sytuacji, gdy dany Wykonawca składa ofertę na kilka części zamówienia, wysokość

posiadanych środków lub zdolność kredytowa powinna wynosić co najmniej sumę wielkości wymaganych dla poszczególnych części.

Zamawiający podniósł, iż na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący przedstawił cztery opinie bankowe, z których żadna nie wykazywała posiadania przez Odwołującego środków finansowych na kwotę 2 400 000 zł – każda z nich wskazywała na posiadanie środków finansowych w wysokości około 1 000 000 zł, przy czym opinie zostały wystawione w różnych dniach przez dwa banki na obydwu członków Konsorcjum MONTER. Z uwagi na wątpliwości, jaki powziął Zamawiający co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, wezwał on Konsorcjum MONTER do wyjaśnienia złożonych opinii bankowych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez oświadczenie czy istotnie w dniu 5 listopada 2008 r. Odwołujący posiadał środki finansowe na łączną kwotę około 4 000 000 zł z uwagi na fakt, iż intencją Konsorcjum MONTER było, aby Zamawiający zsumował kwoty wykazane w opiniach bankowych.

Zamawiający przypomniał, że wobec czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień Konsorcjum MONTER złożyło protest, który został ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1507/08), którym Izba oddaliła odwołanie uznając, iż Zamawiający miał prawo zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia, jednak będzie musiał uwzględnić odpowiedź udzieloną przez Odwołującego. Mimo ww. rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący nie złożył wyjaśnień w przedmiotowej kwestii. Wobec powyższego, jak stwierdził Zamawiający, zobowiązany był on ocenić dokumenty w takim kształcie, w jakim zostały one złożone. Brak wyjaśnień, w ocenie Zamawiającego, potwierdził niespełnianie przez Odwołującego spornego warunku, bowiem nic nie stało na przeszkodzie, aby po wyroku Izby Odwoławczej złożył wymagane oświadczenie.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum MONTER, które wniosło w dniu 18 marca 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 58§1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał stanowisko i argumentację przedstawioną w proteście i uzupełnieniu protestu. Ponadto stwierdził, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania mimo braku dowodów na nie spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale I pkt 6.4 Specyfikacji. Odwołujący podkreślił również, iż oprotestował czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień, a oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożył już w ofercie, później na rozprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą, przedstawił również opinie bankowe. Odwołujący zwrócił także uwagę, że kwestia spełniania

spornego warunku przez Konsorcjum MONTER była przedmiotem orzeczenia Izby z dnia 13 stycznia 2009 r., w którym Izba stwierdziła, że „załączone do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 6.4 Specyfikacji do zadań nr I-III oraz dokumenty dołączone w ramach uzupełnień oferty formalnie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu znajdująca się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”. Odwołujący podkreślił, że dokonując czynności wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu Zamawiający nie może opierać się na wątpliwościach, powinien więc wykazać, zgodnie z dyspozycją art. 6 kodeksu cywilnego, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołującego nie został spełniony.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum MONTER z udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia i odrzucenia ofert P.P.H. GWAREK oraz P.P.H. MEK-POL,
4. dokonania ponownej oceny ofert,
5. przyznania kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 26 marca 2009 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło P.P.H. GWAREK.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Zamawiający wniósł o odroczenie rozprawy z uwagi na śledztwo toczące się w wyniku złożonego przez Zamawiającego zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przez Odwołującego przestępstwa polegającego na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do wysokości posiadanych środków finansowych w celu uzyskania zamówienia publicznego. Wniosek o odroczenie rozprawy Zamawiający argumentował również tym, iż w jego ocenie Odwołujący złożył dwa protesty tj. w dniu 25 lutego 2009 r. i 27 lutego 2009 r., stąd z uwagi na wniesienie jednego odwołania od rozstrzygnięcia obu protestów, a co za tym idzie, uiszczenie jednego wpisu, Odwołujący powinien zostać zobowiązany przez Izbę do oświadczenia, od którego z odwołań został uiszczony wpis i tylko to odwołanie powinno z uwagi na treść art. 185 ustawy Pzp podlegać rozpoznaniu.

Odwołujący odnosząc się do ww. wniosku Zamawiającego stwierdził, iż argumentacja Zamawiającego w zakresie toczącego się śledztwa jest chybiona z uwagi na to, że dotyczy

odpowiedzialności na gruncie prawa karnego. Podkreślił, że wynik śledztwa nie jest dotąd znany. Podniósł także, że złożenie dwóch protestów nie miało miejsca – w dniu 25 lutego 2009 r. został złożony protest, który został następnie uzupełniony w dniu 27 lutego 2009 r. o nowe zarzuty i argumentację prawną.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odroczenie rozprawy. Protest i odwołanie wniesione w wyniku jego oddalenia dotyczą czynności Zamawiającego dokonanych w dniu 18 lutego 2009 r., zatem badanie prawidłowości ich przeprowadzenia powinno dotyczyć stanu wiedzy i podstaw, na dzień ich dokonania. Ewentualne dowody zdobyte w wyniku śledztwa mogłyby zostać wykorzystane przez Zamawiającego przy ocenie ofert w sytuacji, gdyby Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego po uzyskaniu wyników śledztwa. W takiej sytuacji ujawnione w toku śledztwa dowody podlegałyby badaniu przez Izbę.

Za bezzasadne Izba uznała twierdzenia Zamawiającego o złożeniu przez Odwołującego dwóch protestów. W ocenie Izby, uprawnione jest działanie Wykonawcy polegające na przedstawianiu dodatkowej argumentacji, jak również nowych zarzutów wobec tej samej czynności, o ile podnoszone są one w terminie przewidzianym na złożenie protestu. W przedmiotowym stanie faktycznym termin na składanie protestu upływał, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w dniu 28 lutego 2009 r., zatem protest wniesiony w dniu 25 lutego 2009 r., jak i jego uzupełnienie dokonane w dniu 27 lutego 2009 r. zostały dokonane w terminie. O ścisłym powiązaniu pisma z dnia 27 lutego 2009 r. z protestem z dnia 25 lutego 2009 r. świadczy sklasyfikowanie pisma przez samego Odwołującego, tj. jako uzupełnienia protestu, a zatem złożenie go jako dalszego ciągu protestu, nie zaś kolejnego, odrębnego protestu. Podkreślić należy, iż oba ww. dokumenty dotyczą tej samej czynności Zamawiającego, tj. oceny złożonych w postępowaniu ofert. Nieuprawnione byłoby w niniejszej sprawie twierdzenie, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i zaniechanie wykluczenia pozostałych Wykonawców to dwie różne czynności, bowiem zarówno wykluczenie Odwołującego, jak i zaniechanie wykluczenia innych Wykonawców jest wynikiem czynności polegającej na ocenie ofert, o której Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 18 lutego 2009 r.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 55 965 597,73 zł, co stanowi równowartość 14 434 912,11 euro.

W przedmiotowym postępowaniu w spornych Częściach I-III zamówienia oferty złożyło 3 Wykonawców. Ranking wszystkich złożonych w ww. Częściach postępowania ofert pod względem zaoferowanych cen przedstawia się następująco:

1. Część I:

- Konsorcjum MONTER – 2 598 095,90 zł,
- P.P.H. Gwarek – 3 267 662,64 zł,
- P.P.H. MEK – POL – 3 273 191,68 zł,

2. Część II:

- Konsorcjum MONTER – 8 270 975,02 zł,
- P.P.H. Gwarek – 9 243 953,66 zł,
- P.P.H. MEK – POL – 9 257 084,28 zł,

3. Część III:

- Konsorcjum MONTER – 8 660 875,01 zł,
- P.P.H. Gwarek – 8 758 323,39 zł,
- P.P.H. MEK – POL – 10 226 064,40 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (rozdział I, pkt 13.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Jednym z warunków udziału w postępowaniu, jakie postawił Zamawiający, było znajdowanie się przez Wykonawców w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający żądał w rozdziale I pkt 6.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż:

- w odniesieniu do Części I – 400 000 zł,
- w odniesieniu do Części II – 1 000 000 zł,
- w odniesieniu do Części III – 1 000 000 zł.

Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że w sytuacji, gdy dany Wykonawca składa ofertę obejmującą kilka części zamówienia lub całe zamówienie, wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa Wykonawcy powinna wynosić co najmniej sumę wielkości określonych dla poszczególnych części, na które Wykonawca składa ofertę.

W rozdziale II pkt 2.6 ppkt d Specyfikacji Zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagań wobec przedmiotu zamówienia (opisanych w rozdziale II pkt 1 Specyfikacji) wymagał złożenia wyników badań lub opinii jednostki naukowo – badawczej lub oświadczenia producenta, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikało, że oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy (zgodnie z dostępnymi zasadami jej doboru określonymi przez zespoły rzeczoznawców i pozytywnie zaopiniowanymi przez Komisję do spraw Obudowy Wyrobisk Korytarzowych i Komorowych) w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi. Uściślając powyższe Zamawiający wskazał, że w deklaracji zgodności powinien zostać uwzględniony zapis, iż oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenia, iż spełnia postawione w postępowaniu warunki udziału (strona 24 i 25 oferty) nie przedstawiając dokumentów wymaganych w rozdziale I pkt 6.4 Specyfikacji. Pismem z dnia 26 listopada 2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m.in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym Wykonawca posiada rachunek bankowy potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych. Pismem z dnia 28 listopada 2008 r. Odwołujący uzupełnił dokumenty przedstawiając cztery opinie banku tj. informację z dnia 31 października 2008 r. wystawioną przez Fortis Bank Polska S.A., iż na dzień wystawienia opinii Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER posiada na rachunku środki w kwocie 979 814,57 zł, informację z dnia 3 listopada 2008 r. wystawioną przez Fortis Bank Polska S.A., iż na dzień wystawienia opinii Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej posiada na rachunku środki w kwocie 1 050 353,20 zł, informację z dnia 4 listopada 2008 r. wystawioną przez ING Bank Śląski S.A., iż na dzień wystawienia opinii Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER posiada na rachunku środki w kwocie 1 050 000 zł oraz informację z dnia 5 listopada 2008 r. wystawioną przez ING Bank Śląski S.A., iż na dzień wystawienia opinii Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej posiada na rachunku środki w kwocie 1 008 000 zł.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w podnoszeniu zarzutów wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert w części dotyczącej oferty Odwołującego. Jednocześnie, w ocenie Izby, Odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w podnoszeniu zarzutów wobec czynności oceny przez Zamawiającego ofert Wykonawców P.P.H. GWAREK i P.P.H. MEK-POL. Odwołujący zaoferował najniższe ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w Części I, II i III, zatem podnosząc zarzuty w zakresie ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, Odwołujący nie może mieć na celu uzyskania zamówienia, a tylko posiadanie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia uprawnia Odwołującego do kwestionowania czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego, Izba po analizie treści informacji o wynikach postępowania z dnia 18 lutego 2009 r. stwierdziła, iż w istocie nie zostały w niej przytoczone fakty, na podstawie których Zamawiający oparł swoją decyzję. Wymóg przedstawienia uzasadnienia prawnego i faktycznego wyniku z treści art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe nie stanowi jednak naruszenia przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania, nie stanowi również wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Naruszenie to, wobec brzmienia art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę treść postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz treść złożonych przez Odwołującego opinii banków stwierdzić należy, iż Odwołujący spełnia sporny warunek. Podkreślenia wymaga bowiem okoliczność, iż w sytuacji, gdy ofertę składa kilku wykonawców występujących wspólnie (w tzw. konsorcjum), z uwagi na cel łączenia się kilku podmiotów przy realizacji danego zamówienia i ich solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie, uprawnienia, wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny i kadrowy, czy też ich sytuację ekonomiczną należy rozpatrywać wspólnie, jako zdolność jednego podmiotu. Taka jest bowiem idea konsorcjum. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż złożone przez Odwołującego opinie Fortis Bank Polska S.A. z dnia 31 października 2008 r. i 3 listopada 2008 r. oraz ING Bank Śląski S.A. z dnia 4 i 5 listopada 2008 r. potwierdzają posiadanie przez Odwołującego środków finansowych w kwocie co najmniej 2 400 000 zł. Powyższe zostało również stwierdzone przez Izbę w wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1507/08), gdzie Izba orzekła, iż „załączone do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 6.4 specyfikacji do zadań nr I-III oraz dokumenty doślane

w ramach uzupełnień oferty formalnie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu znajdująca się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia". Brak odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do udzielenia wyjaśnień nie stanowi dowodu na poparcie tezy, iż Odwołujący nie wykazał się posiadaniem wymaganej kwoty, bowiem Wykonawca nie ma obowiązku udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty. W takiej sytuacji, Zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny treści dokumentów znajdujących się w jego dyspozycji.

Izba stwierdziła, iż przedstawione przez Odwołującego opinie bankowe stanowią dokumenty, których wymagał Zamawiający i o których mowa w § 1 ust. 3 pkt 2 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 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), zatem z formalnego punktu widzenia dokumenty te potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, choć przyznać należy, iż sposób potwierdzenia spełniania spornego warunku może budzić wątpliwości. Jednak wątpliwości, nawet poparte logicznym rozumowaniem, co do zasady nie mogą stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonując takiej czynności zobowiązany jest, na podstawie art. 6 ustawy kodeks cywilny, wykazać wady złożonych przez Wykonawcę dokumentów, bądź fakty, z powodu których nie może uznać złożonych dokumentów czy oświadczeń Wykonawcy za wiarygodne. Tymczasem Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oparł się wyłącznie na własnych wątpliwościach w zakresie posiadania przez Odwołującego odpowiednich środków finansowych. W ocenie Izby, nie jest to okoliczność wystarczająca do podjęcia takiej decyzji.

Z uwagi na stwierdzony powyżej brak interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów wobec czynności oceny przez Zamawiającego ofert Wykonawców P.P.H. GWAREK i P.P.H. MEK-POL, Izba nie odniosła się merytorycznie do ww. zarzutów.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł.

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:

.....

.....