

Sygn. akt: KIO 998/12

WYROK

z dnia 4 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2012 r. przez wykonawcę **Grupa Powen-Wafapomp S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-231 Warszawa, ul. Odlewnicza 1 (adres do doręczeń: Grupa Powen-Wafapomp S.A. Oddział w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 318)** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno,**

przy udziale wykonawcy **ELEKTROMETAL S.A. z siedzibą w Cieszynie, 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 998/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje wezwanie wykonawcy Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie pozycji 1 przedłożonego do oferty „Wykazu dostaw” oraz treści referencji dotyczących tej pozycji celem ustalenia spełniania warunku udziału w postępowaniu,

2. kosztami postępowania obciąża Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa Powen-Wafapomp S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-231 Warszawa, ul. Odlewnicza 1 (adres do doręczeń: Grupa Powen-Wafapomp S.A. Oddział w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 318)** tytułem wpisu od odwołania,

- 1.2. zasądza od **Południowego Koncernu Węglowego S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno** na rzecz wykonawcy **Grupa Powen-Wafapomp S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-231 Warszawa, ul. Odlewnicza 1 (adres do doręczeń: Grupa Powen-Wafapomp S.A. Oddział w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 318)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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

Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Zakup i wymianę 1 szt. zestawu pompowego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakład Górniczy Sobieski”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r., nr 2012/S 52-085334.

W dniu 11 maja 2012 r. (pismem z dnia 9 maja 2012 r.) zamawiający poinformował wykonawcę Grupa Powen – Wafapomp S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Elektrometal S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Elektrometal”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 18 maja 2012 r. (pismem z dnia 16 maja 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 17 maja 2012 r.) wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Elektrometal, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, w sytuacji gdy ów wykonawca złożył w załączniku nr 3 do SW1Z (s. 43 oferty) nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu opisanych w pkt II. B pkt 1 SIWZ co do wykonania przez wykonawcę dostaw i montażu zespołów pompowych głównego, których wartość brutto jest nie mniejsza niż 4.000.000,00 zł, czym zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp, a w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu;
- 2) wobec zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Elektrometal do złożenia w odpowiednim terminie - zgodnego z wymaganiami pkt II. B pkt 1 SIWZ i załącznika nr 2 do SWIZ wykazu wykonanych dostaw i montażu zespołów pompowych głównego odwadniania, których wartość brutto jest nie mniejsza niż 4.000.000,00 zł oraz dokumentów (referencji) potwierdzających, iż zamówienia te zostały wykonane należycie, w sytuacji gdy załączony do oferty wykonawcy Elektrometal (s. 43) wykaz, jak i referencje (s. 45, 47, 49 oferty) nie dokumentują spełnienia wymogu określonego w pkt II. B pkt 1 SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 3 ustawy Pzp;

- 3) wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Elektrometal do złożenia w odpowiednim terminie wyjaśnień w zakresie przedłożonego do oferty wykazu wykonanych dostaw (s. 43) oraz referencji (s. 45, 47 oferty), wobec braku potwierdzenia w ich treści spełnienia wymogu, określonego w pkt II. B pkt 1 SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 4 ustawy Pzp;

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 192 ust 2 i ust 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty wykonawcy Elektrometal;
- 2) powtórzenie czynności wyboru ofert, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Elektrometal oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, iż wykonawca Elektrometal podał w wykazie wykonanych dostaw (s. 43 oferty) nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu opisanych w pkt II. B pkt 1 SIWZ, wskazując wykonanie zamówienia „Dostawa i zabudowa urządzeń i instalacji dla rozdzielni 6kV i pompowni głównego odwadniania na poz. 900 m KWK Staszic”, na potwierdzenie powyższego załączając wydany na jego rzecz list referencyjny. Zamówienie pn. „Dostawa i zabudowa urządzeń oraz instalacji dla rozdzielni 6kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 metrów KWK Staszic” realizowane było na rzecz KHW S.A. z/s w Katowicach KWK „Staszic” przez konsorcjum firm: MWM Elektro Sp. z o.o. z/s w Trzebini, Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z/s w Tychach oraz VOKD a.s. z/s w Ostrawie. Natomiast przedmiotowe 4 sztuki zespołów pompowych OW-150AM/5 zostały dostarczone w ramach ww. umowy na rzecz KHW S.A. z/s w Katowicach KWK „Staszic” przez Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z/s w Tychach, a uprzednio na mocy umowy z dnia 20 października 2008 r. zakupione za cenę 1.024.800 zł brutto od Grupy POWEN-WAFAPOMP S.A. - odwołującego w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji wykonawca Elektrometal nie dostarczał i nie mógł dostarczać na rzecz tego zamawiającego pomp za kwotę wskazaną lub zbliżoną do kwoty wymaganej w pkt w II. B pkt 1 SIWZ.

Odnosnie zarzutu 2 i 3 odwołujący podniósł, iż zamawiający bezprawnie zaniechał czynności określonej w art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Wykonawca Elektrometal nie potwierdził w treści przedłożonego wykazu spełnienia warunku postawionego w pkt II. B pkt 1 SIWZ a więc posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw i montażu zespołów pompowych głównego odwadniania, których wartość brutto wynosiła nie mniej niż 4.000.000 zł. Z treści

przedłożonych referencji nie wynika, iż wykonawca Elektrometal wykonał na rzecz MWM Elektro Sp. z o.o. dostawę i montażu zestawów pompowych głównego odwadniania. Minimalnym aktem staranności zamawiającego w tym zakresie winno więc być chociażby zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie treści wykazu i referencji w zakresie rzeczywiście wykonanych dostaw, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

W dniu 18 maja 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo przekazując wykonawcy Elektrometal.

W dniu 21 maja 2012 r. (pismem z dnia 18 maja 2012 r.) wykonawca Elektrometal przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający prowadzi postępowanie na „Zakup i wymianę 1 szt. zestawu pompowego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakład Górniczy Sobieski”. W rozdziale II SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” podał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) B. posiadania wiedzy i doświadczenia (...)”.

Nadto w punkcie B wskazał, iż uzna, że „wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz

dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli:

- 1) Wykonawca wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należyta realizacją dostaw i montażu zestawów pompowych głównego odwadniania, których wartość brutto jest nie mniejsza niż 4 000 000,00 zł, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty:

Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia powyższego warunku (...)."

Wykonawca Elektrometal w załączeniu do oferty złożył „Wykaz dostaw” (str. 43 oferty), w pozycji 1 którego widnieje „dostawa i zabudowa urządzeń i instalacji dla rozdzielni 6 kV i pompowni głównego odwadniania na poz. 900 m KWK Staszic”, odbiorcą której była firma „MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia” oraz referencje z dnia 8 lutego 2010 r. wystawione przez MWM Elektro Sp. z o.o. (str. 47-48 oferty).

Odwołujący zakwestionował dostawę wyspecyfikowaną w pozycji 1 „Wykazu dostaw”, podnosząc iż w postępowaniu, na które powołuje się wykonawca Elektrometal to odwołujący był dostawcą zestawów pompowych głównego odwadniania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Powyższe wymaga więc ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż dany wykonawca faktycznie złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości. W niniejszym stanie faktycznym odwołujący zakwestionował realizację wskazaną przez wykonawcę Elektrometal w pozycji 1 „Wykazu dostaw” zrealizowaną na rzecz firmy MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy. Jednak, mimo przedłożenia szeregu dokumentów, nie złożył takiego dokumentu, który jednoznacznie potwierdzałby tę okoliczność (fakt złożenia nieprawdziwych informacji). Z przedłożonych dokumentów niewątpliwie wynika, iż odwołujący dostarczył na rzecz firmy Carboautomatyka S.A. z siedzibą w Tychach 4 sztuki zespołów pompowych (protokół negocjacji z dnia 17 lipca 2008 r. z załącznikami, umowa nr CAR/POW/92/P1/5/2008 z dnia 20 października 2008 r.), jak również iż firma Carboautomatyka S.A. z siedzibą w Tychach, działając w ramach

konsorcjum z firmami: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz „VOKD” a.s. z Ostrawy realizowała prace związane z „Dostawą i zabudową urządzeń oraz instalacji dla rozdzielni 6 kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 m KHW S.A. KWK „Staszic” (referencje wystawione w dniu 6 sierpnia 2009 r. przez Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Staszic”). Niemniej jednak okoliczność ta nie przesądza o tym, iż te konkretne zespoły pompowe (dostarczone przez odwołującego) były następnie przedmiotem dostawy na rzecz KHW S.A. KWK „Staszic” w postępowaniu na „Dostawę i zabudowę urządzeń oraz instalacji dla rozdzielni 6 kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 m KHW S.A. KWK „Staszic”. Tak więc fakt złożenia nieprawdziwych informacji nie został jednoznacznie stwierdzony, czy też udowodniony, mimo, iż w przypadku postawienia wykonawcy takiego zarzutu (zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji) fakt ten nie może budzić żadnych wątpliwości. A ponieważ okoliczność taka może pojawić się na każdym etapie postępowania (w tym postępowaniu pojawiła się na etapie postępowania odwoławczego), to zamawiający, w przypadku jej ujawnienia, jest zawsze zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do takiej sytuacji i zweryfikowania kwestionowanych, a podanych przez wykonawcę informacji. Weryfikacja ta może się odbywać wszelkimi dostępnymi środkami. Takich czynności wyjaśniających zamawiający niewątpliwie nie podjął. Reasumując Izba uznała, iż na tym etapie postępowania nie można jednoznacznie stwierdzić, iż wykonawca Elektrometal złożył nieprawdziwe informacje. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Odnośnie drugiego i trzeciego zarzutu, tj. braku potwierdzenia przez wykonawcę Elektrometal spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie Izba zważył co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w pozycji 1 „Wykazu dostaw” wykonawca Elektrometal powołał się na „Dostawę i zabudowę urządzeń i instalacji dla rozdzielni 6 kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 m KWK „Staszic”, które to zamówienie realizował na rzecz „MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini” (str. 43 oferty). Niewątpliwym jest także, iż „List referencyjny” wystawiony przez MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini (str. 47-48 oferty), w którym firma ta (MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini) stwierdza, iż wykonawca Elektrometal był jej podwykonawcą „(...) w zakresie wykonywania części zadania pt. „Dostawa i zabudowa urządzeń i instalacji dla rozdzielni 6 kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 metrów KWK „Staszic”, wskazując następnie zakres prac wykonywanych przez wykonawcę Elektrometal. Wśród prac tam wymienionych brak jest informacji, z których jednoznacznie by wynikało, w świetle oświadczeń i dokumentów złożonych przez odwołującego, iż to odwołujący dostarczał zespoły pompowe firmie Carboautomatyka S.A. z siedzibą w Tychach,

a która to firma (Carboautomatyka) wchodziła w skład konsorcjum realizującego zamówienie pn. „Dostawa i zabudowa urządzeń i instalacji dla rozdzielni 6 kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 metrów KWK „Staszic”, że zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę Elektrometal obejmował także dostawę zespołów pompowych. Istotnie referencje składane są tylko i wyłącznie na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, a rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2010 r., Nr 226. Poz. 1817) nie wymaga aby treść takiego dokumentu poza stwierdzeniem należytego wykonania robót zawierała jakiegokolwiek inne elementy. Dla ich ważności nie jest więc wymagane szczegółowe wskazanie zakresu objętych nimi prac, a co oznacza, iż nie muszą one wskazywać dokładanego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia robót wskazanych w przedłożonym wykazie. Niemniej jednak zakres prac o ile został w referencjach wskazany nie może być rozbieżny z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę w wykazie, a tym bardziej nie może budzić wątpliwości co do faktu ich zrealizowania. W niniejszym stanie faktycznym podstawą uznania przez zamawiającego, iż złożone referencje potwierdzają okoliczność, iż wykonawca Elektrometal zrealizował wymaganą przez zamawiającego dostawę, były dwa sformułowania zawarte w ich treści, a mianowicie: „budowę pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 m. bezobsługowej z pełną automatyzacją, monitoringiem i zdalnym sterowaniem z powierzchni wraz z rurociągami tłoczonymi” oraz „przeprowadzenie wymaganych obowiązującymi przepisami pomiarów, badań i prób funkcjonalnych dla nowo zainstalowanych urządzeń”. Zamawiający – jak podniósł na rozprawie - wywodził z powyższego, iż prace te obejmowały także dostawę zespołów pompowych, jak również wskazywał, iż zespoły te wykonawca Elektrometal mógł uzyskać na różnej podstawie prawnej.

W świetle powyższego Izba uznała, iż zasadnym jest wezwanie wykonawcy Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie pozycji 1 przedłożonego do oferty „Wykazu dostaw” oraz treści referencji dotyczących tej pozycji celem ustalenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a więc w ramach tego zamówienia dostawy zespołów pompowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, ograniczając je do wysokości 3600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: