

Sygn. akt KIO/UZP 304/10

WYROK

z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PROMET Sp. z o.o., ul. Ks. Siwca 4, 44-200 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 28 stycznia 2010 r.

przy udziale przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SAG Wytwórnia Lin Stalowo-Gumowych Sp. z o.o. i Zakłady Przetwórcze Surowców Chemicznych i Mineralnych „Piotrowice” Sp. z o.o., ul. Szopienicka 58a, 40-432 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zadaniu Nr 2: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny złożonych ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** 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 **PROMET Sp. z o.o., ul. Ks. Siwca 4, 44-200 Rybnik,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **PROMET Sp. z o.o., ul. Ks. Siwca 4, 44-200 Rybnik** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **PROMET Sp. z o.o., ul. Ks. Siwca 4, 44-200 Rybnik.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa Spółka Akcyjna, 40-039 Katowice ul. Powstańców 30, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – sektorowego na „Dostawę pyłu kamienniego - wapiennego zwykłego i stearynowanego do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2009 roku, pod numerem 2009/S 235 - 337145.

Dnia 19 stycznia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SAG Wytwórnia Lin Stalowo-Gumowych sp. z o.o. i Zakłady Przetwórcze Surowców Chemicznych i Mineralnych „Piotrowice” sp. z o.o., ul. Szopienicka 58 a; 40-432 Katowice (zwanym dalej „Konsorcjum SAG”).

Wykonawca PROMET sp. z o.o., ul. Ks. Siwca 4; 44-200 Rybnik - dnia 28 stycznia 2010 roku wniósł do Zamawiającego protest na:

- 1) czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2, wyboru oferty Konsorcjum SAG,
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego zbadania i oceny oferty i zaniechanie czynności żądania wyjaśnień od Konsorcjum SAG, dotyczących złożonego na podstawie części XIII SIWZ oświadczenia - wykaz wykonanych dostaw w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania,
- 3) na ocenę dokonaną przez Zamawiającego, że dokumenty złożone przez Konsorcjum SAG uzasadniają spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) dopuszczenia do udziału w postępowaniu Konsorcjum SAG, mimo, że oświadczenie - wykaz wykonanych dostaw w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania zawiera dane co do wartości wykonanych dostaw pyłu kamienniego - wapiennego stearynowanego, zawyżone w stosunku do rzeczywiście wykonanych przez tą firmę w okresie podanym w

oświadczeniu i konsekwencji nie spełnienia warunku udokumentowania posiadanej wiedzy (doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ).

- 5) zaniechania wykluczenia z udziału z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum SAG - mimo podania nieprawdziwych danych zawartych w oświadczeniu - wykazie wykonanych dostaw w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Zdaniem Protestującego postępowanie Zamawiającego naruszyło następujące przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust 1 i 3, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 24 ust 1 pkt 10 art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4, art. 25, art. 26 ust. 1 i 4, art. 87 ust 1, art. 138 c ust. 1 pkt 2, art. 14 w zw. z art. 56 kc, art. 91 ust. 1.

Protestujący żądał:

- 1) uwzględnienia protestu przez unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum SAG,
- 2) wykluczenia Konsorcjum SAG z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzucenie oferty,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) ewentualnie wezwania Konsorcjum SAG do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Protestujący ustalił, w oparciu o informacje producentów pyłów, a mianowicie Przedsiębiorstwo Labtar spółka z o.o., 46-050 Tarnów Opolski i KOSD S.A.; 25-116 Kielce ul Ściegiennego 177, że w latach 2007- 2008 rok, (którzy to producenci byli dostawcami SAG), firma SAG dostarczała do oddziałów Katowickiego Holdingu Węglowego pył kamiennie - wapienny stearynowany, w ilości 6.529,02 ton na kwotę netto około 1.190.000 zł, oraz na kwotę 718.044 zł do Lubelskiego Węgla Bogdanka. Z oświadczenia Konsorcjum SAG wynika, że dostarczyła do odbiorcy Lubelski Węgiel Bogdanka oraz kopalni Katowickiego Holdingu Węglowego pył kamiennie - wapienny stearynowany na kwotę 3.747.324,66 zł.

Z porównania tych dokumentów wynika niezbicie, że podane w oświadczeniu Konsorcjum SAG wartości zostały zawyżone. Załączone referencje zawierają potwierdzenie należytego wykonania dostaw przez Konsorcjum SAG odnoszące się wyłącznie do podanych w oświadczeniu okresów bez jakiegokolwiek wskazania zakresu dostaw (oprócz Lubelskiego Węgla Bogdanka, w którym podano wartość dostaw). Referencje te z uwagi na w/w zakres

podanych w nim informacji nie pozwalają ustalić czy odnoszą się do zakresu dostaw podanych w przedmiotowym oświadczeniu.

Dnia 29 stycznia 2010 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 1 lutego 2010 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum SAG.

Zamawiający protest oddalił (rozstrzygnięcie protestu z dnia 8 lutego 2010 roku).

Uzasadniając wskazał, iż na potwierdzenie spełniania postawionego warunku Konsorcjum SAG złożyło wykaz wykonanych dostaw wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw. Oświadczenie złożone przez Konsorcjum SAG - wykaz wykonanych dostaw jednoznacznie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie złożone przez Konsorcjum SAG dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - potwierdzają wykonanie dostaw w okresie wykazanym przez Konsorcjum SAG.

Ponadto Zamawiający oświadczył, iż wezwał Konsorcjum SAG do złożenia wyjaśnień w sprawie wykazu wykonanych dostaw oraz dokumentów potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca - Konsorcjum SAG potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu i prawdziwość złożonego oświadczenia.

Ponadto, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego „*Ciążar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*”. Zamawiający po rozpatrzeniu protestu stwierdził, iż Protestujący w żaden sposób nie udowodnił nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez Wykonawcę Konsorcjum SAG.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 17 lutego 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, dnia 3 marca 2010 roku (pismem z dnia 26 lutego 2010 roku) przystąpił wykonawca Konsorcjum SAG.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba, w pełni popiera stanowisko Odwołującego, a dodatkowo uzasadnia, jak poniżej.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w dziale X pkt 1 postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: *„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie (...), w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż:*

- dla zadania Nr 1 – 2 000 000,00 PLN,
- dla zadania Nr 2 – 3 340 000,00 PLN.”.

W celu potwierdzenia spełniania stawianego warunku Zamawiający w dziale XII wymagał złożenia wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat (...), odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – np. zgodnie z załącznikiem Nr 3 do s.i.w.z. oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na tak skonstruowany warunek Konsorcjum SAG do swojej oferty załączyło WYKAZ WYKONANYCH DOSTAW (strona 21 oferty), wskazując na 6 dostaw, które w jego opinii odpowiadały swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj.

- 1) pył kamiennie-wapienny stearynowany o wartości zamówienia netto 718 044,00 zł dla Lubelskiego Węgla Bogdanka,
- 2) pył kamiennie-wapienny stearynowany o wartości zamówienia netto 526 707,81 zł dla KWK Wieczorek,
- 3) pył kamiennie-wapienny stearynowany o wartości zamówienia netto 938 702,01 zł dla KWK Staszic,
- 4) pył kamiennie-wapienny stearynowany o wartości zamówienia netto 716 990,87 zł dla KWK Mysłowice-Wesoła,
- 5) pył kamiennie-wapienny stearynowany o wartości zamówienia netto 836 571,07 zł dla KWK Wujek,
- 6) pył kamiennie-wapienny stearynowany o wartości zamówienia netto 10 308,90 zł dla KWK Murcki.

Na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie załączył dokumenty (referencje i opinie, strony od 22 do 27 oferty), które w swojej treści potwierdzały prawidłowe wykonanie dostaw.

W wyniku oceny złożonych ofert Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum SAG.

Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego (pismo z dnia 13 stycznia 2010 roku) informujące, iż po zapoznaniu się z ofertą Konsorcjum SAG stwierdził niezgodności w załączniku Nr 3 (Wykaz wykonanych dostaw) dotyczące wartości dostaw pyłu stearynowanego do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. Zgodnie z potwierdzeniami producentów (Przedsiębiorstwa LABTAR sp. z o.o. w Tarnowie Opolskim oraz Kopalni Odkrywkowych Surowców Drogowych S.A. w Kielcach) firma SAG dostarczyła w latach 2007-2008 pył stearynowany do oddziałów KHW S.A. w ilości 6 529,02 ton na kwotę netto około 1 190 000 zł oraz na kwotę 718 044 zł do Lubelski Węgiel Bogdanka.

Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2010 roku, załączając pismo Odwołującego zwrócił się do Konsorcjum SAG o zajęcie stanowiska w sprawie.

Konsorcjum SAG, pismem z dnia 21 stycznia 2010 roku wyjaśniło, iż SAG Wytwórnia Lin Stalowo-Gumowych sp. z o.o. przejęła SAG II Wytórnię Urządzeń Mechanicznych sp. z o.o. i na podstawie art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych (KSH) wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki przejętej spółki. Konsorcjum SAG wyjaśniło również, że wartość dostaw pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego podana w załączniku Nr 3 do złożonej oferty obejmuje dostawy dokonane przez SAG oraz SAG II dokonane przed przejęciem.

Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum SAG za wystarczające.

Odwołujący pismem z dnia 5 lutego 2010 roku skierował pismo do Zamawiającego, w którym ponownie podniósł, iż uwzględniając połączenie spółek handlowych (firma SAG II jako odrębny podmiot gospodarczy dostarczyła w 2007 roku pył kamiennie-wapienny stearynowany w ilości 2 037 ton na kwotę około 350 000,00 zł).

Reasumując stwierdził, iż uwzględniając łączne dostawy spółek SAG i SAG II całkowita wielkość dostarczonego pyłu wyniosła 8 566,02 tony na kwotę około 1 540 000,00 zł – konsorcjum SAG nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujące do postępowania odwoławczego Konsorcjum SAG podniosło, iż kwoty podane w oświadczeniu załączonym do oferty dotyczą również przejętej spółki SAG II oraz, że są to kwoty z uwzględnieniem marży konsorcjum.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez Odwołującego z:

- 1) przesłuchania wykonawcy SAG - Wytwórnia Lin Stalowo - Gumowych spółka z o.o., 40-432 Katowice ul Szopienicka 58 A w osobach Prezesa Zarządu Jerzego Gas i Wiceprezesa Zarządu Marka Urbaś,
- 2) przesłuchania świadków w osobach:
 - Krystian Pytel - Dyrektor ds. handlowych /Prokurent na adres Labtar Sp. z o.o. Tarnów Opolski 46-050 ul. Św. Jacka 12
 - Jerzy Polakowski - Kierownik Działu Marketingu i Sprzedaży na adres KOSD S.A. Kielce 25-113 ul. Ściegiennego 177

na okoliczność ilości dostarczonego pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego na rzecz spółek SAG II i SAG Wytwórnia Lin stalowo - Gumowych spółka z o.o. w Katowicach

w okresie od 01.01.2007 r do 31.12.2009 r. gdyż fakty, na okoliczność których miałyby zeznawać w/w osoby, zostały stwierdzone innymi dowodami.

Przy ocenie przedstawionego i dopuszczonego materiału dowodowego Izba stwierdziła, iż Odwołujący udowodnił, iż Przystępujące Konsorcjum SAG nie dostarczyło pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego o określonej przez Zamawiającego wartości.

Izba dopuściła dowody z pism Odwołującego, jak i pisma Przedsiębiorstwa Labtar sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2010 roku oraz pisma KOSD S.A. Kielce z dnia 11 stycznia 2010 roku. Dowody powyższe potwierdzają fakt, iż Przystępujący dokonywał zakupu określonej ilości pyłu za określoną kwotę.

Izba dopuściła dowód w postaci zestawienia „Sprzedaży towarów pył” dla spółki SAG oraz SAG II za okres od 01.01.2007 do 31.12.2009 oraz „Wydruku zestawienia sprzedaży towarów według kontrahentów” wystawiony przez Zakłady Przetwórcze Surowców Chemicznych i Mineralnych „Piotrowice” sp. z o.o.

Izba stwierdziła, iż zarzuty Odwołującego odnoszą się do braku spełnienia przez Konsorcjum SAG warunku opisanego przez Zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia, tj. wykonania, w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonania dostaw pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego o wartości 3 340 000,00 PLN.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zwraca uwagę, iż postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu brzmi:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie (...), w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż:

- dla zadania Nr 1 – 2 000 000,00 PLN,
- dla zadania Nr 2 – 3 340 000,00 PLN.”

Prawidłowe rozumienie tak postawionego warunku prowadzi do konkluzji, iż aby Zamawiający mógł uznać warunek za spełniony muszą ziszczyć się 3 przesłanki:

- 1) dostawy musiały być wykonywane w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania,
- 2) musiały odpowiadać swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia,
- 3) wartość wykonywanych dostaw (w zakresie zadania Nr 2) musiała być zrealizowana na minimalną kwotę 3 340 000,00 zł.

Odwołujący podważa okoliczność, iż Przystępujący nie wykonał dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o minimalnej wartości 3 340 000,00 zł.

Niezaprzeczalnym dowodem jest fakt, iż Przystępujący w swojej ofercie oświadczył, iż wykonał dostawy pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego na kwotę 3 747 324,66 zł.

Izba na rozprawie przyjęła oświadczenie pełnomocnika Przystępującego, iż w kolumnie 2 rzeczonoego wykazu wykonanych dostaw, Przystępujący popełnił oczywistą omyłkę pisarską, gdyż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w kolumnie tej winien znajdować się zapis o treści „Pył”.

Jednakże oświadczenie powyższe, w ocenie Izby pozostaje w sprzeczności ze wcześniej złożonym oświadczeniem (w ofercie) potwierdzonym treścią oświadczeń podmiotów trzecich (wystawców referencji i opinii). Sprzeczność powyższa polega na tym, iż przy założeniu, że za wiarygodne należałoby uznać oświadczenie złożone w ofercie to ilość faktycznie wykonanych dostaw pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego nie odpowiada ilości oświadczonej w ofercie. W tym względzie Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, iż zamawiane przez Katowicki Holding Węglowy w latach 2007 – 2008 (w skład, którego wchodzi kopalnie wymienione w wykazie) ilości pyłu stearynowanego nie pozwalały na wykazanie się ilościami jak w ofercie. Powyższe potwierdziły również kopie faktur, na które powoływał się Przystępujący w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Izba, na rozprawie dokonała wglądu w kopie w/w faktur stwierdzając, iż przedmiot sprzedaży znajdujący się na tych fakturach obejmował dostawy pyłu zwykłego, kamiennego, stearynowanych, czyli różnych pyłów, a nie tylko pyłu kamiennie-wapiennego stearynowanego. Tym samym wartości przedstawione w tabeli „Wykaz wykonanych dostaw” w odniesieniu do tego rodzaju pyłu nie dopowiadają rzeczywistej wartości ich sprzedaży.

- 1) Przystępujący wykazał, iż w okresie od 1 stycznia 2007 roku do 30 listopada 2009 roku - w wydruku deklaracji na kontach 730 01 2200 Sprzedaż towarów – PYŁ **firmy SAG** na kwotę 806,51 zł,

- 2) Wydruki dekretacji na kontach 730 01 22 00 Sprzedaż towarów – PYŁ **firmy SAG** od stycznia 2007 roku do 31 grudnia 2007 roku potwierdzają sprzedaż pyłu na kwotę 769,557,25 zł,
- 3) Wydruki dekretacji na kontach 730 00 22 00 Sprzedaż towarów – PYŁ **firmy SAG II** od stycznia 2007 roku do 31 maja 2007 roku potwierdzają sprzedaż pyłu na kwotę 532 334,90 zł,
- 4) Wydruki dekretacji na kontach 730 01 22 00 Sprzedaż towarów – PYŁ **firmy SAG** od stycznia 2008 roku do 31 grudnia 2008 roku potwierdzają sprzedaż pyłu na kwotę 1 746 733,49 zł,
- 5) Wykaz dokumentów sprzedaży **Zakładu Przetwórczego Surowców Chemicznych i Mineralnych „PIOTROWICE”** sp. z o.o. (członka konsorcjum) od stycznia 2009 roku do 18 grudnia 2009 roku potwierdzający sprzedaż pyłu na kwotę netto 794 904,60 zł. Uwzględniając fakt, iż postępowanie wszczęte zostało przez ogłoszenie o zamówienie opublikowane w dniu 5 grudnia 2009 roku, to możliwym do uwzględnienia przez Izbę jest zakres faktur od stycznia 2009 roku do maksymalnie 4 grudnia 2009 roku. Tym samym wartość netto sprzedaży zamyka się kwotą: 740 049,60 zł.

Referencje, jak i opinie potwierdzające należyte wykonanie dostaw potwierdzają dostawę pyłu stearynowanego, co sprzeczności z wykazem nie stanowi, gdyż pył tego typu był dostarczany do tych kopalń, jednakże nie w ilości oświadczonej przez Przystępującego.

W tym względzie Zamawiający prawidłowo kierował się brzmieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). § 1 ust. 2 pkt 2 w/w rozporządzenia stanowi, iż wykonawcy zobowiązani są dostarczyć dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

Referencje i opinie potwierdzają należyte wykonanie dostaw pyłu stearynowanego. W tym zakresie są prawdziwe.

W ocenie Izby, Przystępujący posłużył się w/w referencjami i opiniami w celu wykazania należytego wykonania dostaw pyłu stearynowanego, który faktycznie dostarczał do kopalń, jednakże nie w ilości wskazanej w wykazie wykonanych dostaw.

W powyższym zakresie Izba uznała, iż Przystępujący posługując się referencjami i opiniami, które nie dotyczyły wielkości dostaw wskazanych w wykazie wykonanych dostaw wprowadził Zamawiającego w błąd. Błąd o tyle istotny, iż w oparciu o mylne

przeświadczenie prawidłowości złożonego oświadczenia, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba nie dała wiary oświadczeniu pełnomocnika Przystępującego złożonemu na rozprawie, iż w kolumnie Nr 2 rzeczowego wykazu znajduje się oczywista omyłka pisarska. Gdyby przyjąć, iż faktycznie w kolumnie Nr 2 znajduje się omyłka pisarska, to z kolei referencje i opinie załączone do wykazu nie odpowiadają temu oświadczeniu, gdyż odnoszą się tylko i wyłącznie do dostawy pyłu stearynowanego.

W ocenie Izby, zmiana oświadczenia złożonego w ofercie spowodowałaby usankcjonowanie nieprawdziwych informacji złożonych w ofercie przez ich modyfikację w sposób, który niemożliwy jest z punktu widzenia ustawy - Prawo zamówień publicznych. Ustawa bowiem dopuszcza możliwość uzupełniania dokumentów i oświadczeń – przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże oświadczeń lub dokumentów, których brak lub które zawierają błędy. Błędy możliwe do poprawy. Należy bowiem odróżnić błąd od nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, której z całą pewnością poprawić nie można.

Reasumując Izba stwierdziła, iż Przystępujący – Konsorcjum SAG nie przedstawił żadnego wiarygodnego kontr - argumentu czy też kontr - dowodu do dowodów zgłoszonych przez Odwołującego, mogących potwierdzać wykonanie dostaw o wartości wskazanej w wykazie.

Uwzględniając powyższe, jak i brzmienie przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....