

Sygn. akt: KIO/2469/10

**WYROK**  
**z dnia 25 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5.11.2010 r. **Zakłady Produkcyjno – Naprawcze Taboru Maszyn i Urządzeń TABOR M. Dybowski spółka jawna, 39 – 200 Dębica, ul. Sandomierska 39** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21 – 013 Puchaczów, Bogdanka,**

przy udziale wykonawcy **PKP Cargo S.A. 02 – 021 Warszawa, ul. Grójecka 17** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakłady Produkcyjno – Naprawcze Taboru Maszyn i Urządzeń TABOR M. Dybowski spółka jawna, 39 – 200 Dębica, ul. Sandomierska 39 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakłady Produkcyjno – Naprawcze Taboru Maszyn i Urządzeń TABOR M. Dybowski spółka jawna, 39 – 200 Dębica, ul. Sandomierska 39,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 946 zł 69 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści sześć złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) przez **Zakłady Produkcyjno – Naprawcze Taboru Maszyn i Urządzeń TABOR M. Dybowski spółka jawna, 39 – 200 Dębica, ul. Sandomierska 39** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21 – 013 Puchaczów, Bogdanka** , stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A, Bogdanka, 21-013 Puchaczów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonywanie napraw wagonów towarowych węglarek serii Eaos i Easc*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 września 2010 r. pod numerem 2010/S 176-269027.

Dnia 5 listopada 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez PKP CARGO S.A., ul. Grójecka 17; 02-021 Warszawa.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Zakłady Produkcyjno-Naprawcze Taboru Maszyn i Urządzeń „TABOR” M. Dybowski sp.j., ul. Sandomierska 39; 39-200 Dębica (zwany dalej „*Odwołujący*”) i dnia 12 listopada 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący, argumentując podniósł, iż do oferty złożonej przez PKP CARGO S.A.:

W KRS PKP CARGO S.A. brak jest informacji o posiadanych oddziałach. Przedstawione w ofercie uprawnienia na wykonywanie napraw dotyczą:

- a) Wschodniego Zakładu Spółki w Lublinie - Sekcja Utrzymania i Napraw Wagonów w Lublinie - Lublin Tatary,
- b) Centralnego Zakładu Spółki w Łodzi - Sekcja napraw okresowych wagonów w Koluszkach,
- c) Wschodniego zakładu Spółki w Lublinie - Sekcja Utrzymania i Napraw Taboru Trakcyjnego w Lublinie.

Jednocześnie brak jest uprawnień PKP CARGO S.A. przez co należy domniemywać, że wykonawcy wskazani powyżej powinni występować na zasadach określonych w rozdziale VII SIWZ „*Udział w postępowaniu podmiotów występujących wspólnie*”. W ocenie Odwołującego wynika z powyższego konieczność przedstawienia dla każdego wykonawcy

wszystkich dokumentów opisanych w rozdziale 6 SIWZ, w związku z ich brakiem oferta podlega odrzuceniu na mocy rozdziału XV pkt 10 ppkt 2.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że oferta PKP CARGO S.A. zawiera dwa zaświadczenia z ZUS:

- a) pierwsze wystawione na PKP CARGO S.A. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, NIP 9542381960,
- b) drugie wystawione na PKP CARGO S. A., ul. Macieja Rataj 15, 20-270 Lublin, NIP 9462568917,

a więc różnych podmiotów.

Dodatkowo brak jest pozostałych dokumentów wymaganych w rozdziale 6 SIWZ dla PKP CARGO S.A., ul. Macieja Rataja 15, 20-270 Lublin, NIP 9462568917. PKP CARGO S.A. nie przedstawił aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 zgodnie z wymogiem rozdziału VI pkt 1 ppkt 4 SIWZ dla uprawnionych przedstawicieli wykonawcy wskazanych w pełnomocnictwie szczególnym nr CCR-0180/516/2010 z dnia 12.10.2010 roku tj.:

- a) Dariusz S.,
- b) Wiesław M..

W związku z tym, zdaniem Odwołującego, na podstawie art. 24 PZP wykonawca podlega wykluczeniu oraz rozdziału XV pkt 10 ppkt 2 SIWZ odrzuceniu.

PKP CARGO S.A. oświadczył w Oświadczeniu Wykonawcy, załącznik nr 3 do SIWZ, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Z dołączonego sprawozdania Rachunku Zysków i Strat sporządzonego za okres 01.01.-31.12.2009 roku wynika, że poniósł stratę w wysokości - 497 540 818,26 zł. Stoi to zatem w sprzeczności z oświadczeniem PKP CARGO S.A. który nie wykreślił mimo takiej opcji zapisu na ten temat. Dlatego też na mocy rozdziału XV pkt 10 ppkt 2-3 s.i.w.z. oferta podlega odrzuceniu, oraz nie spełnia art. 22 pkt 1 ppkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż w chwili obecnej podmioty, których uprawnienia zostały dołączone do oferty nie posiadają wymaganego zaplecza technicznego, które pozwoli na wykonywanie napraw wagonów na poziomie wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym PKP CARGO S.A. oświadczył, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym, i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Natomiast stan faktyczny przedstawia się następująco:

- a) brak jest urządzeń do wykonywania napawania obręczy zestawu kołowego, która to czynność jest wskazana w pkt 5.10 „zestaw kołowy” załącznika nr 4 i 4a do s.i.w.z.,

- b) brak jest wydzielonych stanowisk do malowania wagonów i podzespołów wagonów wskazanych w pkt 20 „malowanie wagonu” załącznika 4 i 4a do s.i.w.z.,
- c) brak jest urządzeń do piaskowania i śrutowania wagonów i podzespołów wskazanych w pkt 3 załącznika nr 4 i 4 a do s.i.w.z.,
- d) brak stanowisk do badania zderzaków typu KX ZA1 oraz ściągania ich charakterystyki wskazanych w pkt 1 „zderzak” załącznika nr 4 i 4 a do s.i.w.z.,
- e) brak stanowisk do badania urządzeń ciąglowych wskazanych w pkt 3 „urządzenia ciąglowe” załącznika nr 4 i 4a do s.i.w.z.,
- f) brak urządzeń do wymiany kół bosych zestawów kołowych obręczowych wskazanych w ppkt 5.9 pkt 5 „zestaw kołowy” załącznika nr 4 i 4a do s.i.w.z.,
- g) brak urządzeń do wymiany kół zestawów kołowych monoblokowych wskazanych w ppkt 5.9 pkt 5 „zestaw kołowy” załącznika nr 4 i 4a do s.i.w.z.,
- h) brak stanowisk do naprawy zaworów rozrządnych typu Knorr zamontowanych w wagonach Zamawiającego wskazanych w pkt 2 „zawór rozrządny” załącznika nr 4 i 4a do s.i.w.z.

Fakt niespełnienia powyższych warunków technicznych stoi w sprzeczności ze złożonym „Oświadczeniem wykonawcy” dołączonym do oferty a także zapisami art. 22 pkt. 1 ppkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Z dokumentów zawartych w ofercie nie wynika, aby PKP CARGO S.A. był uprawniony do reprezentacji Centralnego Zakładu Spółki w Łodzi, Sekcja Napraw Okresowych Wagonów w Kolużkach. Świadcstwo Wykonawcy wystawione na Centralny Zakład Spółki w Łodzi, Sekcja Napraw Okresowych Wagonów w Kolużkach stanowi załącznik do oferty. Z oferty nie wynika jakoby PKP CARGO S.A. był w konsorcjum z Centralnym Zakładem Spółki w Łodzi, przez co niezachowane są zasady występowania Wykonawców wspólnie określone w art. 23 ustawy Pzp.

W ofercie PKP CARGO S.A. wskazał, że żadna część zamówienia nie będzie udzielona podwykonawcom. Tymczasem PKP CARGO S.A. nie mając stanowisk do wykonania naprawy taboru Zamawiającego zmuszony jest do zlecenia napraw podzespołów podwykonawcom. PKP CARGO S.A. wskazał inne podmioty posiadające uprawnienia do realizacji określonych prac. Na mocy rozdziału XV ust 10 pkt. 2 s.i.w.z. oferta podlega odrzuceniu. PKP CARGO S.A. tym samym nie spełnia również art. 36 pkt. 5 i art. 23 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu listem poleconym w dniu 10 listopada 2010 roku.

Zamawiający, dnia 15 listopada 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Dnia 18 listopada 2010 roku wykonawca PKP CARGO S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, dnia 24 listopada 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem 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 publicznego 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.

W ocenie Izby żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący, na rozprawie stwierdził, iż nie posiada żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, co wzmocniło stanowisko Izby o bezzasadności zarzutów stawianych w odwołaniu. Niemniej Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzuty z punktów 1, 5 i 6 odwołania.

Zdaniem Odwołującego, wskazane w odwołaniu jednostki tj. Centralny Zakład Spółki w Łodzi - Sekcja Napraw Okresowych Wagonów w Koluszkach oraz Wschodni Zakład Spółki w Lublinie - Sekcja Utrzymania i Napraw Taboru Trakcyjnego w Lublinie, są w stosunku do Wykonawcy PKP CARGO S.A. odrębnymi podmiotami prawa, co zdaniem Odwołującego oznacza, że jednostki te winny być traktowane, jako podmioty występujące wspólnie i w rezultacie, w odniesieniu do każdej z tych jednostek istniał obowiązek przedłożenia dokumentów określonych w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pełnomocnictwa dla PKP CARGO S.A., o którym mowa w rozdziale VI s.i.w.z. i w art. 23 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Bezspornym jest, iż PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jako podmiot występujący samodzielnie.

W ocenie Izby wymienione przez Odwołującego jednostki tj. Centralny Zakład Spółki w Łodzi - Sekcja Napraw Okresowych Wagonów w Koluszkach oraz Wschodni Zakład Spółki w Lublinie - Sekcja Utrzymania i Napraw Taboru Trakcyjnego w Lublinie nie są odrębnymi podmiotami prawa. Są to wewnętrzne jednostki organizacyjne PKP CARGO S.A. (części składowe tego podmiotu) działające w formie zakładów. Dlatego też, PKP CARGO S.A. nie musi legitymować się jakimkolwiek pełnomocnictwem do reprezentowania swojego zakładu, jak również nie może zawrzeć ze swoim zakładem umowy konsorcjum w celu realizacji danego zamówienia.

Powyższe potwierdza dowód zgłoszony przez Przystępującego, tj. Oświadczenie złożone przez członków zarządu PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, iż zakłady:

- 1) Wschodni Zakład Spółki w Lublinie – Sekcja Utrzymania i Napraw Wagonów w Lublinie – Lublin Tatary,
- 2) Centralny Zakład Spółki w Łodzi – Sekcja Napraw Okresowych Wagonów w Koluszkach,
- 3) Wschodni Zakład Spółki w Lublinie – Sekcja Utrzymania i Napraw Taboru Trakcyjnego w Lublinie,

są jednostkami organizacyjnymi spółki, które nie posiadają ani osobowości prawnej ani też podmiotowości prawnej, a także nie stanowią oddziałów rejestrowych PKP CARGO S.A.

Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami prawa - przepisami ustawy o Krajowym Rejestrze sądowym z dnia 20.08.1997 roku (Dz. U. z 2007 r, Nr 168, poz. 1186) oraz przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21.12.2000 roku w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru

Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach (Dz. U. z 2000, Nr 117, poz. 1237) - tego rodzaju jednostki organizacyjne jak zakłady, nie podlegają wpisowi do KRS. Tym samym Przystępujący nie miał obowiązku składania zaświadczenia z ZUS dla wszystkich swoich zakładów.

Zarzut z punktu 2 odwołania.

Odwołujący postawił zarzut dotyczący nieprzedstawienia przez Przystępującego aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w stosunku do pełnomocników Przystępującego, ustanowionych „Pełnomocnictwem szczególnym” z dnia 12 października 2010 roku, którzy podpisali ofertę.

W ocenie Izby żaden przepis prawa nie daje podstawy upoważniającej Zamawiającego do żądania przedłożenia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ustawy Pzp, dokumentu w postaci aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej pełnomocników, którzy podpisali ofertę. Takiego też wymogu nie było i nie mogło być w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z § 2 ust 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zamawiający może żądać od wykonawcy aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp. Analiza treści powołanego wyżej art. 24 ust 1 pkt. 4-8 ustawy - Prawo zamówień publicznych prowadzi do jednoznacznego wniosku, że żadne z tych postanowień nie odnosi się do pełnomocnika, który podpisuje ofertę w imieniu wykonawcy.

Zarzut z punktu 3 odwołania.

Odwołujący postawił zarzut dotyczący niewykazania przez PKP CARGO S.A. warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział VI ust. 1 pkt 7) wymagał od wykonawców załączenia rachunku zysku i strat (element sprawozdania finansowego, zgodnie z ustawą o rachunkowości), a w przypadku wykonawcy nie zobowiązanego do sporządzania sprawozdania finansowego – informacji określającej obroty, zysk oraz zobowiązania i należności, złożona na druku Oświadczenie finansowe,



stanowiącym załącznik Nr 3 do s.i.w.z.: - za rok obrotowy 2009, - z okresu prowadzenia działalności, jeżeli jest ona prowadzona przez okres krótszy niż 1 rok.

W ocenie Izby fakt wykazania przez Przystępującego straty, za rok obrotowy 2009 w kontekście stawianego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i dokumentów mających potwierdzać jego spełnienie, nie kwalifikuje Przystępującego do wykluczenia z przedmiotowego postępowania.

Przystępujący spełnił przedmiotowy warunek w sposób określony przez Zamawiającego.

Argumentacja Odwołującego, iż strata wykazana przez Przystępującego, nie daje gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia, w ocenie Izby jest bezzasadna, gdyż Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu wskazał, iż wykonawcy mieli obowiązek potwierdzić wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na minimum 1 000 000,00 zł. Potwierdzenie spełniania tegoż warunku daje Zamawiającemu pewność prawidłowej realizacji zamówienia, pod kątem możliwych do zainwestowania w realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, do czasu dokonania płatności przez Zamawiającego. Przystępujący spełnił powyższy warunek, składając Opinię Bankową, w której wystawca potwierdził zdolność kredytową Przystępującego w kwocie 30 razy wyższej niż minimalna żądana przez Zamawiającego. Powyższe okoliczności potwierdzają, że PKP CARGO S.A. znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej realizację zamówienia.

Warunek znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomiczno finansowej ma za zadanie potwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, w wyznaczonym terminie i sfinansowania go do czasu dokonania płatności przez Zamawiającego. Warunek ten ma charakter blankietowy, co oznacza, że staje się on de facto dopiero wtedy warunkiem, gdy zamawiający skonkretyzuje, jaki potencjał ekonomiczno-finansowy uważa za niezbędny do wykonania zamówienia. Sytuacja finansowa odnosi się do wykazania możliwości dysponowania przez wykonawcę środkami finansowymi (własnymi lub pochodzącymi z innych źródeł, np. z kredytu), w wymaganej wysokości do realizacji zamówienia. Natomiast sytuacja ekonomiczna rozumiana jest, jako zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym, dotyczących: wielkości obrotów, płynności finansowej, zysku itp. Określenie potencjału finansowego oraz ekonomicznego może odnosić się do obu omawianych warunków bądź też jednego z nich i powinno opierać się na obiektywnych podstawach.

Zarzut z punktu 4 odwołania.

Odwołujący postawił zarzut dotyczący braku wymaganego zaplecza technicznego, które pozwoli na wykonywanie napraw wagonów na poziomie wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż samodzielnie dokonał wizji lokalnej zakładów wskazanych przez Przystępującego, w których dokonywane będą naprawy wagonów stwierdzając, iż zakłady powyższe nie są wyposażone w urządzenia, które będą umożliwiały samodzielne (bez udziału podwykonawców) wykonywanie napraw wagonów. Dowodów na tę okoliczność nie wskazał.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba stwierdziła, że Przystępujący zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożył oświadczenie, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto Przystępujący, zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. część III rozdział II pkt 5 złożył kopie aktualnych świadectw potwierdzających posiadanie organizacji, wyposażenia technicznego, zatrudniania pracowników o odpowiednich kwalifikacjach i stosowania technologii zgodnie z wymaganiami przepisów i instrukcji obowiązujących w PKP CARGO S.A.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie zgłosił żadnego dowodu, czym nie uprawdopodobnił słuszności stawianych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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 oraz kosztów dojazdu, w kwocie 4 036 zł 69 zł.

**Przewodniczący:**

.....