

WYROK
z dnia 10 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawcę **Maurycy Wołek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MORIS, 43-100 Tychy, ul. Fabryczna 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Maurycy Wołek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MORIS i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Maurycy Wołek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MORIS** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Maurycy Wołek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MORIS** na rzecz **Kompanii Węglowej S. A.** kwotę 3 600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Krajową izbą Odwoławczą.

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

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa szyn kolejowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2012 - 2013 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz. 2011/S 171-281841.

W dniu 28 października 2011 roku, odwołujący – Maurycy Wołek, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Moris Maurycy Wołek, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu:

a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez jego niezastosowanie, polegające na nie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. a w następstwie nie odrzucenie oferty tego wykonawcy, mimo złożenia przez tego wykonawcę oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,

b) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp przez jego niezastosowanie, polegające na nie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o., a w następstwie nie odrzucenie oferty wykonawcy, mimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

c) naruszenie art. 91a ust. 1 ustawy pzp przez jego niezastosowanie, a w rezultacie przeprowadzenie aukcji elektronicznej, mimo braku co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że oświadczenia co do wykazu wykonanych dostaw, str. 25 i 26 oferty Mittal Distribution Poland Sp. z o.o., wzbudzają istotne wątpliwości. Zarzucił, że: po pierwsze - nie wskazano tam pełnych nazw odbiorców dostaw, a po drugie - podana wartość przekracza możliwości produkcyjne polskich producentów szyn.

Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. oświadczył, iż w ciągu ostatnich trzech lat dokonał dostaw szyn w łącznej ilości 7.663.000 ton, o wartości ponad 27 miliardów złotych. Powyższe dane przedstawił, jako dostawy własne - w tym zakresie nie powoływał się na dostawy wykonywane przez inne podmioty, wchodzące w skład koncernu. Przyjęcie, że powyższe dane odpowiadają rzeczywistości powodowałoby, iż spółka ta składałaby w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego

nieprawdziwe sprawozdania finansowe (ogłaszane także w Monitorze Sądowym i Gospodarczym). Odwołujący wskazał, że ze sprawozdania finansowego tego podmiotu, za 2009 r. opublikowanego w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, wynika, iż jego przychody netto ze sprzedaży za 2009 r. wyniosły 170.530.427,20 zł, tymczasem wartość dostaw, które wskazano w treści oświadczenia Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. wynosi 27.586.800.000 zł. Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe, by podmiot ten dostarczył szyny o takiej wartości. Podkreślił, że złożone oświadczenie dotyczy Arcelor Mittal Distribution Polska Sp. z o.o., a nie koncernu Arcelor Mittal Poland. Brak również złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na posłużenie się referencjami tego podmiotu.

Odwołujący podniósł także, że sam wykaz nie odpowiada treści siwz, bowiem Arcelor Dystrybucja nie wskazał komu dokonał dostawy (nie wypełnił tabeli w kolumnie „Pełna nazwa Odbiorcy dostawy”), co uniemożliwia weryfikację tak przedstawionych danych, a jedynie rozbił poszczególne wartości na kraje z całego świata, w tym przykładowo Libię.

W odniesieniu do referencji wystawionej przez firmę Cognor S.A., odwołujący wskazał, iż istnieje wątpliwość co do rzeczywistości zawartych w niej danych, bowiem z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, iż Arcelor Mittal Distribution Polska Sp. z o.o., w okresie 2009 - 2011, nie realizował dostaw wyrobów hutniczych w postaci szyn dla firmy Cognor na skalę 11.453.287, 00 zł. Informacje te wskazują, że Arcelor Dystrybucja w/w okresie nie zrealizował takich dostaw tj. wyrobów hutniczych w postaci szyn również na kwotę 600 000 zł (wymóg dla zadania nr 2 przedmiotowego przetargu). Wskazał także, iż pewne wątpliwości budzi data oświadczenia (referencji) tj. 14 kwietnia 2011 roku, trudno bowiem przypuszczać że wykonawca posiadał już referencję na kilka miesięcy przed rozpisaniem przetargu, zwłaszcza że przedstawił je nie w pierwotnej ofercie lecz dopiero na wezwanie zamawiającego tj. w dniu 7.10.br.

Odwołujący podniósł, że nie odrzucenie oferty Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. spowodowało wadliwe przeprowadzenie aukcji elektronicznej, która może być przeprowadzona, jeśli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający nie był zatem władny do przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Odwołujący wskazał, iż wniesienie odwołania stało się konieczne, mimo wygrania aukcji (zadanie nr 2), bowiem z uwagi na błędy po stronie

zamawiającego nie mógł on narazić się na zarzut nieważności umowy, którą by podpisał z zamawiającym w skutek wezwania do jej zawarcia.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności polegającej na zaproszeniu drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. - zadanie nr 2 oraz przeprowadzeniu aukcji elektronicznej pomimo braku, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, nakazanie wykluczenia Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w następstwie uznania oferty za odrzuconą oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania odwoławczego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone do protokołu posiedzenia, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) ustalił, że postępowanie jest prowadzone w czterech częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zadania. W dziale X pkt 1 siwz ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczny w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia o wartości netto nie mniejszej niż: dla zadania nr 1 - 400.000,00 zł, dla zadania nr 2 - 600.000,00 zł, dla zadania nr 3 - 900.000,00 zł, dla zadania nr 4 - 800.000,00 zł. W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia wartość netto wykonanych dostaw przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, nie może być mniejsza od sumy wartości dostaw określonych przez zamawiającego dla poszczególnych części zamówienia, na które wykonawca składa ofertę.

Zgodnie z postanowieniami działu XI siwz, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku, zamawiający wymagał wykazu wykonanych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie.

Zamawiający przewidział, że wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 4 zostanie przeprowadzony z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Na potwierdzenie spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca Arcelor Mittal Distribution Sp. z o.o. złożył wykaz wykonanych dostaw (strona 25- 26 oferty), gdzie wskazał w kolumnie „wartość dostawy netto” – 27,5 mld PLN, „data dostawy” – od 1.01.2010 – 30.08.2011, w kolumnie „Pełna nazwa Odbiorcy dostawy” podał – „wg. referencji”. Na stronie 26 oferty wykonawcy Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. zamieszczono wydruk – zestawienie ilości dostaw w kolejnych miesiącach od stycznia 2010 – sierpnia 2011 roku w rozbiciu na poszczególne kraje (odbiorców dostaw).

W wyniku wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów (pismo zamawiającego z dnia 7 października 2011 roku), wykonawca Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. złożył referencje wystawione przez Cognor S.A. z dnia 14 kwietnia 2011 roku, które potwierdzają, że wykonawca „jest dostawcą wyrobów hutniczych w postaci szyn(...)”, wartość netto zrealizowanych dostaw wynosi w latach 2009 – 2011- 11. 453 287 PLN, „wobec firmy nie wdrożono procedur reklamacyjnych. Dostawy były wykonane z należytą starannością”

Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej, trzech wykonawców, którzy złożyli oferty: Arcelor Mittal Distribution Sp. z o.o., Trade Port Sp. z o.o. oraz odwołującego.

W zadaniu nr 1 i 2 w trakcie aukcji elektronicznej, odwołujący zaproponował najniższą cenę i jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, w oparciu o oświadczenie odwołującego złożone do protokołu posiedzenia, że odwołanie dotyczy zadania nr 2, w którym odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę (postąpienie) i został wybrany do realizacji zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołujący, jako podmiot który złożył najkorzystniejszą ofertę (postąpienie w aukcji elektronicznej) i uzyskał zamówienie publiczne w zadaniu nr 2 nie legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania. Zgodnie z dyspozycją przywołanego przepisu środka ochrony prawnej przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Treść przepisu uległa zmianie nowelizacją ustawy pzp z dnia 2 grudnia 2009 roku i jest wynikiem implementacji do porządku prawnego dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle powyższej regulacji, legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli wykáže on kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek: 1. posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz 2. poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak określenia, że wykonawca musi wykazać „interes prawny” pozwala uznać, że wystarczające jest wykazanie interesu faktycznego. Istotne jest to, że interes wykonawcy musi być związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia publicznego. W rozpatrywanym stanie faktycznym, odwołujący niewątpliwie uzyskał zamówienie publiczne w zadaniu nr 2, którego dotyczy odwołanie, złożył najkorzystniejsze postąpienie w toku aukcji elektronicznej, przez co utracił interes w dążeniu do uzyskaniu tego zamówienia. Izba wskazuje, że szeroko rozumiany interes, na jaki powołuje się odwołujący, który mimo uzyskania zamówienia, wskazuje naruszenia przepisów ustawy pzp i podnosi, że nie może narazić się na zarzut podpisania nieważnej umowy, nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, uprawniającej do wniesienia odwołania.

W koniunkcji z interesem odwołujący winien wykazać również, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. W zaistniałym stanie faktycznym, odwołujący uzyskał zamówienie publiczne, a zatem nie istnieje również przesłanka ewentualnej utraty zysku czy zaistnienia innej szkody materialnej bądź niematerialnej.

Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, jest materialno – prawną przesłanką skuteczności wniesienia odwołania, co oznacza, że w sytuacji jego niewykazania odwołanie polega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji czynnej do jego wniesienia.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdza, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uznanie.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji w ofercie Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. przez wskazanie wartości dostaw na kwotę 27.586.800.000 zł. Jedynym przedstawionym przez odwołującego dowodem na poparcie swojego twierdzenia było sprawozdanie finansowe za 2009 r. opublikowane w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, z którego wynika, iż przychody netto spółki ze sprzedaży wyniosły 170.530.427,20 zł. Z przedstawionego sprawozdania finansowego wynikają jedynie przychody ze sprzedaży za rok 2009, podczas gdy wartość dostaw wykazana w wykazie wykonanych dostaw w ofercie dotyczy okresu styczeń 2010 do sierpień 2011. Zatem powołane sprawozdanie finansowe z uwagi na wskazaną wyżej rozbieżność dat, nie może być dowodem na okoliczność podania nieprawdziwych informacji w treści oferty wykonawcy Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o. Twierdzenia odwołującego, jakoby niemożliwym jest, aby spółka zrealizowała dostawy o wskazanej wartości, pozostały gołosłowne. Izba podkreśla, że obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi się określone skutki prawne, spoczywa na stronach postępowania (art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy pzp). Ciężar podania nieprawdziwych informacji, w zaistniałym stanie faktycznym spoczywa w całości na odwołującym (art. 6 k.c.), tymczasem odwołujący wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawił.

Również w odniesieniu do referencji wystawionych przez Cognor S.A. z dnia 14 kwietnia 2011 roku, Izba uznała, że twierdzenia odwołującego co do podania niewłaściwej ilości szyn dostarczonych na rzecz Cognor S.A. pozostały bez dowodu. Odwołujący wskazywał jedynie w tym zakresie na „posiadane informacje”, ale nie uprawdopodobnił, że treści referencji podane nieprawdziwe dane. Wątpliwości Izby nie budzi także, podnoszony przez odwołującego fakt, że referencje Cognor S.A. wystawione z datą 14 kwietnia 2011 roku zostały złożone dopiero w dniu 7 października 2011 roku, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

Za zasadne należy uznać stanowisko zamawiającego, że nie występuje sprzeczność pomiędzy wykazem dostaw, gdzie podano wartość globalną dostaw ponad 27 mld zł, a przedstawioną w wyniku wezwania do uzupełniania, referencją z dnia 14 kwietnia 2011 roku, gdzie wskazano wartość dostaw dla Cognor S.A. na kwotę ponad 11 mln

zł. Wskazana referencja dotyczy jednej z dostaw, zrealizowanej na rzecz konkretnego odbiorcy, która została ujęta w globalnym wykazie dostaw (str. 25-26 oferty)

Za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut dotyczący niewłaściwego wypełniania tabeli wykazu dostaw, przez nie podanie pełnej nazwy odbiorców dostawy. Naruszenie to można jedynie rozpatrywać w kategoriach naruszenia formy a nie treści, a zatem nie ma mowy o tym, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty.

Podsumowując, zdaniem Izby, odwołujący nie legitymuje się interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania, co stanowi samodzielną przesłankę do jego oddalenia a ponadto zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp, dokonując zaproszenia do udziału w postępowaniu wykonawcy Arcelor Mittal Distribution Poland Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....