

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 09.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter: Olga Koza, Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu / protestów * z dnia 15.12.2008 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter: Olga Koza, Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19

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: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter: Olga Koza, Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter: Olga Koza, Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter: Olga Koza, Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19.**

Uzasadnienie

23.09.2008 r. zamawiający Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę nowych strzemion do katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2010 r.”. Ogłoszenie ukazało się w Dz. U. UE Nr 2008/S 184-244304.

12.12.2008 r. zamawiający wezwał wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo

Chronionej Zdzisław Koza, Lisów do złożenia wyjaśnień treści dokumentów (opinii bankowej) przez złożenie oświadczenia, że wykonawca posiadał w dniu 05.11.2008 r. środki finansowe na łączną kwotę ok. 4 000 000 zł. Śądanie złożenia wyjaśnień było złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

15.12.2008 r. wykonawca konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” Olga Koza, Lisów i Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, Lisów wniósł protest, gdyż zdaniem protestującego nie można żądać złożenia takiego oświadczenia. Natomiast zamawiający żądając wyjaśnień nie sprecyzował czego dotyczą jego wątpliwości.

Zamawiający, zdaniem protestującego, naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp art. 26 ust. 4 w związku z treścią pkt 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją i w związku z art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp i § 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. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Czynność zamawiającego jako sprzeczna z zasadami współzycia społecznego jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 58 § 1 i 2 Kc.

Załączone do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 6.4 specyfikacji co do zadań nr I-III oraz dokumenty dołączone w ramach uzupełnień oferty potwierdzają w ostateczności spełnienie warunków udziału w postępowaniu na wyznaczony przez zamawiającego dzień tj. trzy dni od daty otrzymania wezwania, zgodnego z art. 26 ust. 3 Pzp.

Śądanie wybiega poza katalog dokumentów wymienionych 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, dlatego stanowi naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp i jest sprzeczne z art. 26 ust. 4 Pzp.

17.12.2008 r. zamawiający oddalił protest.

Pismem z 12 grudnia 2008 r. zamawiający wezwał protestującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp treści dokumentów w postaci (opinii bankowych, złożonych jako uzupełnienie do oferty przez oświadczenie, czy istotnie 5 listopada 2008 r. protestujący posiadał środki finansowe na łączną kwotę ok. 4.000000 zł. Wątpliwości zamawiającego wzbudziło złożeniem w celu wykazania zdolności finansowej protestującego czterech opinii bankowych, z których każda została wydana w innym dniu i opiewała na zbliżoną kwotę.

Wzbudziło to podejrzenia zamawiającego, że protestujący nie był w posiadaniu wymaganej przez zamawiającego kwoty.

W dniu 15 grudnia 2008 roku wezwane do wyjaśnień Konsorcjum wniosło protest na powyższą czynność zamawiającego, twierdząc że narusza ona interes prawny protestującego.

Nie wiadomo, dlaczego protestujący twierdzi, że wątpliwości zamawiającego budzą tylko opinie bankowe z dnia 4 i 5 listopada 2008 r., nazywając je „dostanymi dokumentami (na marginesie: protestujący jakoby cytuje zamawiającego, przytacza sformułowania, które nie pojawiły się w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 12 grudnia 2008 roku). Tymczasem wszystkie cztery opinie bankowe zostały złożone jako uzupełnienie dokumentów na wezwanie zamawiającego i wszystkie one budzą wątpliwości zamawiającego.

Odnosząc się do zasadności zarzutów protestu należy stwierdzić, że mimo lakonicznego sformułowania wezwania do wyjaśnień, z jego treści wyraźnie wynika w czym tkwią wątpliwości zamawiającego odnośnie przedstawionych opinii bankowych. Zgodnie z pkt 6.4 specyfikacji 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 Wykonawcy, w odniesieniu do części I-III, na które ofertę złożył protestujący na kwotę nie mniejszą niż: dla Części I – 400.000 zł, dla Części II – 1.000.000 zł, dla Części III – 1.000.000 zł.

Jednocześnie, w przypadku, gdy wykonawca składał ofertę obejmującą kilka części zamówienia, wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa powinna być wynosić co najmniej sumę wielkości wymaganych dla tych części, Oznaczało to, że w przypadku składania oferty na części I-III, Wykonawca musiał wykazywać się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniej niż 2.400.000 zł. Śadna z przedstawionych opinii bankowych nie wskazuje, że protestujący w którymkolwiek momencie posiadali środki finansowe w wysokości 2.400.000 zł łącznie. Każda z przedstawionych opinii bankowych wskazywała bowiem na posiadanie środków finansowych w wysokości około 1.000.000 zł, przy czym opinie zostały wystawiane w różnych dniach. Opinie miały wykazywać, że łącznie konsorcjanci są w posiadaniu środków w wysokości wymaganej przez zamawiającego. Zdaniem zamawiającego intencją wykonawcy było, aby zamawiający, oceniając spełnianie warunku zdolności finansowej, zsumował kwoty widniejące na zaświadczeniach bankowych i uznał je za sumę, którą dysponują protestujący. Suma tych kwot to około 4 mln zł, stąd żądanie zamawiającego, aby wykonawcy oświadczył, iż istotnie w dniu wystawienia ostatniej opinii bankowej dysponowali taką kwotą. W przeciwnym wypadku trudno mieć pewność, że protestujący dysponowali również kwotą 2.400.000 zł.

4

Nie ma znaczenia, że 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 nie przewiduje oświadczenia, jakiego żądał Zamawiający, ponieważ pismem z dnia 12 grudnia 2008 roku, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp żądał złożenia wyjaśnień, a nie uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia opinii bankowych zostało wystosowane już wcześniej, a ustawa zakazuje ponownego wzywania do uzupełnienia tych samych dokumentów lub oświadczeń. Użyte przez zamawiającego sformułowanie „oświadczenie” należy rozumieć w świetle śądania do złożenia wyjaśnień, jako wypowiedzenie się. Każde wyjaśnienia są pewnym oświadczeniem wiedzy wypowiadającego się i w świetle art. 26 ust. 4 Pzp nie powinno budzić wątpliwości protestujących, że zamawiającemu chodziło o pisemną wypowiedź wykonawców, która pomogłaby mu rozstrzygnąć powstałe wątpliwości. Tok rozumowania protestujących prowadziłby do błędnego wniosku, że żaden zamawiający nie może zwrócić się do wykonawców o złożenie wyjaśnień, gdyż zawsze wyjaśnienia są złożeniem jakiegoś oświadczenia przez wykonawcę.

Brak wyjaśnień i protest na tę czynność zamawiającego tym bardziej potwierdzają wątpliwości zamawiającego odnośnie braku wymaganej zdolności finansowej protestującego. Należy przy tym pamiętać, że na potwierdzenie tego warunku, wykonawcy składali nie tylko opinie bankowe, lecz również oświadczenia z art. 22 Pzp. Zamawiający nie kwestionuje prawdziwości ani rzetelności oświadczeń składanych przez banki ING oraz Fortis, że w danym dniu, wskazanym w opinii, na koncie protestującego znajdowała się wskazana kwota, lecz spełnienie warunku posiadania odpowiedniej zdolności finansowej w świetle złożonych opinii bankowych.

23.12.2008 r. wykonawca konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” Olga Koza, Lisów i Zakład Metalowy KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, Lisów wniósł odwołanie.

Oprócz uzasadnienia analogicznego do uzasadnienia protestu odwołujący wniósł w odwołaniu o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturami, które przedstawi na rozprawie.

5

Na podstawie dokumentacji, stanowisk stron przedstawionych ustnie oraz dowodów pisemnych złożonych przez strony podczas rozprawy – skład orzekający lzby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 26 ust. 4 w związku z treścią pkt 6.4 specyfikacji i w związku z art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp i § 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. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Ponadto odwołujący zarzucił, że czynność zamawiającego jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 58 § 1 i 2 Kc.

Załączone do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 6.4 specyfikacji do zadań nr I-III oraz dokumenty dołączone w ramach uzupełnień oferty formalnie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu znajdującego się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Jednak Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że mimo formalnej poprawności załączonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, zawsze u zamawiającego mogą się zrodzić wątpliwości do ich merytorycznej zgodności ze stanem wykazywanym lub także do ich poprawności formalnej. Brak jest jakiegokolwiek uregulowania prawnego regulującego w jakich okolicznościach mogą powstać u zamawiającego wątpliwości oraz jakich dokumentów czy oświadczeń te wątpliwości mogą dotyczyć. Dlatego należy stwierdzić, że niepewność do rzetelności dokumentów może się pojawić u zamawiającego w każdym momencie postępowania i niepewność ta może dotyczyć tak zespołu dokumentów jak i każdego pojedynczego dokumentu. Zamawiający przeprowadzając postępowanie z należytą starannością musi wyjaśnić każdą okoliczność, aby jego wybór najkorzystniejszej oferty był dokonany z wystarczającą dozą pewności, z należytą starannością.

Należy stwierdzić, że wymaganie w treści nowego oświadczenia przez zamawiającego pewnych sformułowań może być poczytane jako próba objaśnienia przez zamawiającego czego dotyczą jego wątpliwości. Na pewno to sam wykonawca (odwołujący) będzie mógł

6

ostatecznie sformułować swoje oświadczenie, w którym może zastosować się do sugestii zamawiającego. Zapewne oświadczenie zawierające wszystkie zasugerowane treści przez zamawiającego będzie musiało rozwiać wątpliwości zamawiającego. Jednak zamawiający nie ma prawa narzucić treści pisemnej wypowiedzi wykonawcy i dlatego odwołujący może sporządzić oświadczenie zgodnie ze swoim oglądem rzeczywistości i zgodnie ze swoim interesem.

Oświadczenie sporządzone na skutek żądania zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp nie jest obligatoryjne, dotyczy to także wyjaśnienia złożonego ze względu na żądanie zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Zaniechanie złożenia wyjaśnień nie może spowodować automatycznego wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Jedynie zamawiający będzie w takim przypadku podczas badania i oceny ofert mógł brać pod uwagę dokumenty, które są w jego dyspozycji. Jednak takie zaniechanie złożenia oświadczenia czy wyjaśnień bądź złożenie oświadczenia czy wyjaśnienia o treści innej niż sugerowana może wpłynąć nawet na odrzucenie oferty. Jednak do tej czynności nie doszło i odwołanie nie jest skierowane na takie zachowanie zamawiającego.

Zamawiający równo traktując wszystkich wykonawców musi mieć pewność, że złożyli oni jednakowo rzetelnie wszystkie dokumenty i oświadczenia. W postępowaniu tylko odwołujący złożył kilka dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku znajdującego się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. W pozostałych ofertach warunek ten był potwierdzany jednym dokumentem, dlatego zamawiający do tych dokumentów nie powziął wątpliwości i nie zastosował procedur wyjaśniania ofert. Dlatego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp podlega oddaleniu jako bezzasadny.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp podlega oddaleniu wobec braku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i wobec braku dokonania przez zamawiającego czynności udzielenia zamówienia.

Podobnie Izba oddała zarzut żądania w ramach wyjaśnień określonego oświadczenia, które nie znajduje się w zestawieniu dokumentów w rozporządzeniu 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. Zarzut ten podlega oddaleniu, gdyż w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający odniósł się tylko do złożonych dokumentów przez odwołującego, a nie żądał jakichś dokumentów czy oświadczeń bez żadnego uzasadnienia. Wprost przeciwnie, zamawiający musi konkretyzować swoje żądania wyjaśnień dokumentów czy oświadczeń do dokumentów faktycznie złożonych przez wykonawcę.

Ponadto nie został w postępowaniu naruszony art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż żądanie wyjaśnień zostało dostosowane do dokumentów, które złożył wykonawca, jako potwierdzenie

7

spełnienia warunków. Dokumenty te nie muszą być określone w art. 25 ust. 1 Pzp, ale muszą być złożone przez wykonawcę. I tak w badanym postępowaniu uczynił wykonawca. Wobec tego nie miało miejsce naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp i odwołanie również w tym zakresie podlega oddaleniu.

Zamawiający nie wykazał w jakim zakresie mogłoby nastąpić przez zamawiającego naruszenie przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp i dlatego zarzut w tym zakresie również podlega oddaleniu.

Zamawiający również nie naruszył postanowienia pkt 6.4 specyfikacji, gdyż to sam wykonawca przedstawił na potwierdzenie warunku tam sprecyzowanego informacje z banków na sumę około 4 mln zł, mimo że zgodnie z przytoczonym postanowieniem specyfikacji wystarczyło przedstawić informacje z banku o znajdowaniu się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia na sumę nie mniejszą niż tylko 2,4 mln zł. W rzeczywistości, jeżeli wykonawca (odwołujący) złoży wyjaśnienia do kwoty nie mniejszej niż 2,4 mln zł, to zamawiający będzie musiał wziąć te wyjaśnienia pod uwagę w trakcie badania ofert, gdyż ta suma wynika z odpowiedniego zastosowania pkt 6.4 specyfikacji.

Wobec działań zamawiającego zgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, przytaczanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów oraz postanowieniami specyfikacji nie zachodzi sprzeczność działań zamawiającego z zasadami współżycia społecznego i dlatego zarzut naruszenia art. 58 § 1 i 2 Kc również podlega oddaleniu.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości 3600 zł na podstawie kopii faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122). Izba nie przyznała kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w pełnej zawnioskowanej kwocie z uwagi na ww. przepis rozporządzenia, ograniczający koszty do kwoty 3 600 zł.

8

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok/postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:
.....

* *niepotrzebne skreślić*