Sygn. akt: KIO 445/12

WYROK
z dnia 15 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Murator Expo Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Izba Przemysłu Jachtowego i Sportów Wodnych, adres dla pełnomocnika: ul. Senatorska 13/15, 00-075 Warszawa**
w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Gospodarki, Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Fundacja Klaster Polskie Jachty (pełnomocnik konsorcjum), (2) ICM Poland Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 42 lok. 17, 00-024 Warszawa**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Murator Expo Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Izba Przemysłu Jachtowego i Sportów Wodnych, adres dla pełnomocnika: ul. Senatorska 13/15, 00-075 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Murator Expo Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Izba Przemysłu Jachtowego i Sportów Wodnych, adres dla pełnomocnika: ul. Senatorska 13/15, 00-075 Warszawa,**
tytułem wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 445/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postęowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest “przygotowanie oraz realizacja koncepcji branżowego programu promocji branży jubilersko-bursztyniczej/branży produkcji jachtów i łodzi rekreacyjnych w ramach realizowanego projektu systemowego pn. „Promocja polskiej gospodarki na rynkach międzynarodowych", Poddziałanie 6.5.1 Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 249-406337.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) w związku z postanowieniami § 1 ust. 1 pkt 9, § 1 ust. 3 i § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 226, poz. 1817) i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia kwestionowanej czynności i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnia, iż Konsorcjum Fundacja Klaster Polskie Jachty oraz ICM Poland sp. z o.o., na dowód spełnienia warunku, określonego w rozdziale 5 pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), przedłożyło zobowiązanie Netpower S.A. z dnia 13.01.2012 r. oraz niepodpisane i niepotwierdzone za zgodność z oryginałem wydruki ze strony internetowej Citibank on-line: z rachunku Fundacji Klaster Polskie Jachty z dnia 25.10.2011 r., z rachunku ICM Poland sp. z o.o. z dnia 31.10.2011 r., z rachunku Netpower S.A. z 31.10.2011 r.

W ocenie Odwołującego, w świetle § 1 ust. 3 oraz § 6 ust. 1 i 2 powoływanego rozporządzenia, przedstawione przez Konsorcjum wydruki ze strony internetowej banku nie powinny być uznane za informację banku w rozumieniu pkt 5 rozdziału 5 SIZW, jak i w rozumieniu ustawy Pzp. Zdaniem Odwołujacego, przedmiotowe wydruki nie stanowiły bowiem ani formalnego zaświadczenia wystawionego przez bank ani dokumentu elektronicznego, nie wymagającego pieczątki ani podpisu, w rozumieniu art. 7 Prawa bankowego. Co więcej nie były nawet poświadczone „za zgodność z oryginałem".

Nadto, Odwołujący podniósł, iż zobowiązanie Netpower S.A. nie zostało w żaden sposób zweryfikowane w trakcie postępowania przetargowego, w związku z czym budzi poważne zastrzeżenia jako zaświadczenie mogące spełniać warunki określone w pkt 10 w związku z pkt 5 rozdziału 5 SIZW.

Dalej Odwołujący podniósł, iż przedstawione przez Konsorcjum przedmiotowe zobowiązanie nie zostało jednak ani zweryfikowane w trakcie postępowania ani nawet poparte aktualnym odpisem z KRS spółki Netpower S.A., potwierdzającym możliwość reprezentowania spółki przez Pana Jacka G. Zdaniem Odwołującego, uzasadniona jest zatem wątpliwość, czy takie zobowiązanie jest skuteczne w świetle powołanych postanowień SIZW.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rodziałem 5 pkt 5 SIWZ, o udział w postępowaniu mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posidają środki finansowe w wysokości co njamniej 1.000.000,00 zł lub posiadają zdolność kredytową w wysokości co njamniej 1.000.000,00 zł. W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia informacji banu lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzajacej wysokość wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy – wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Dokumenty żądane przez Zamawiającego należało składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (pkt 8).

Jednocześnie Zamawaijący zastrzegł, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytaucji zobowiązany jest udowodnić Zamawiajacemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów musi być w formie oryginału bądź kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem (pkt 10 rozdziału 5 SIWZ).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela jednakże stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, legitymacja uprawiająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością

oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności.

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie tego zamówienia, składając w przedmiotowym postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jednakże przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania – jak wcześniej wskazano – poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

W toku postępowania odwoławczego ustalono jedynie, jaką kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia oraz że kwota, stanowiąca cenę oferty Odwołującego przekracza tę kwotę. Jednakże, w ocenie Izby, nie uzasadnia to domniemania, iż Zamawiający nie ma możliwości podwyższenia rzeczonej kwoty. Umocowany przedstawiciel Zamawiającego również takiego oświadczenia nie złożył. Stąd, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak podstaw do stwierdzenia, iż Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wybór oferty tego wykonawcy nie prowadziłby do zawarcia z tym wykonawcą umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdzić należy, iż bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu § 1 ust. 1 pkt 9 powoływanego rozporządzenia. Norma prawna, zawarta we wskazanym przepisie stanowi normatywną podstawę (uprawnienie) do żądania przez zamawiającego określonych dokumentów. W katalogu wymienionych dokumentów znajduje się informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Zatem, w sytuacji, w której po pierwsze sam Odwołujący wskazuje na przepis, który kreuje dla Zamawiającego uprawnienie do żądania określonych dokumentów, po drugie, sam Odwołujący w istocie nie kwestionuje możliwości domagania się przez Zamawiającego przedmiotowej informacji, zarzut nie znajduje oparcia w okolicznościach faktycznych, jak również w okolicznościach prawnych (wobec braku ich podniesienia) i z tych względów zasługuje na oddalenie.

Z analogicznych powodów, o których była mowa wyżej, zarzut naruszenia przepisu § 1 ust. 3 powołanego rozporządzenia, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z § 6 ust. 1 powoływanego rozporządzenia, dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez

wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Powyższe unormowanie oznacza, iż możliwe jest składanie przez wykonawców dokumentów w formie pisemnej, jak również w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w postaci dokumentów elektronicznych, przy spełnieniu określonych wymagań. W ocenie Izby, nie ulega jednakże wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), zachowanie formy pisemnej należy oceniać, biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotowe przepisy stanowią regulację szczególną w odniesieniu do art. 78 § 2 k.c. (B. *Smykła: Prawo bankowe. Komentarz.).* Zaś, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, czynności bankowe dokonane w formie elektronicznej spełniają wymagania formy pisemnej. Skoro więc, w świetle art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo bankowe, prowadzenie rachunków bankowych stanowi czynność bankową, a wszelkie oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w formie elektronicznej (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe), to nie ulega wątpliwości, iż informacja banku o stanie rachunku bankowego mieści się w zakresie oświadczeń woli składanych w związku z wykonywaniem czynności bankowych i dopuszczalne jest jej przedstawienie w postaci elektronicznej, nie wymagającej opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przy czym, elektroniczna postać tychże dokumentów, z mocy wskazanych przepisów, spełnia wymagania formy pisemnej.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż wymóg przedłożenia oryginału dokumentu w istocie oznacza przedstawienia dokumentu w formie pisemnej. Zaś, zachowanie formy pisemnej w odniesieniu do informacji z banku o wysokości zgromadzonych na rachunku, prowadzonym przez ten bank, środków finansowych jest równoznaczne ze sporządzeniem tej informacji w postaci elektronicznej. Wbrew więc twierdzeniom Odwołującego, przedmiotowe informacje nie wymagały formy pisemnej ani też potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dla dochowania formy pisemnej, w świetle przepisów ustawy Prawo bankowe, nie jest również wymagane opatrzenie przedmiotowych dokumentów pieczęcią banku ani też podpisem jego pracownika. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, iż w poczet materiału dowodowego w sprawie nie został zaliczony dokument przedstawiony przez Przystępującego, sporządzony przez pracownika banku, nie stanowi on bowiem dowodu na potwierdzenie powołanych okoliczności, a zawiera w istocie opinię co do stosowania prawa, którą z oczywistych względów, Izba nie jest związana.

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia przepisu § 6 ust. 1 powołanego rozporządzenia nie znalazł potwierdzenia. W konsekwencji powyższego rozstrzygnięcia, zarzut naruszenia § 6 ust. 2 przedmiotowego rozporządzenia stał się bezprzedmiotowy.

Zarzut podniesiony przez Odwołującego na rozprawie, iż Konsorcjum nie wykazało posiadania na rachunku bankowym wymaganych środków finansowych, jako nie objęty treścią odwołania, z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie podlega rozpoznaniu.

W opinii Izby, brak również uzasadnienia dla przyjęcia, iż sporne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zostało zweryfikowane i budzi poważne wątpliwości. Odwołujący nie wskazał bowiem nawet, a tym bardziej nie uzasadnił okoliczności, które stanowić mogłyby podstawę zgłaszanych wątpliwości. Natomiast fakt, iż Zamawiający nie żądał przedstawienia oprócz zobowiązania, innych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, mógłby być kwestionowany wobec postanowień SIWZ, w terminach określonych w przepisie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Na obecnym etapie postępowania przedmiotowe działanie należy uznać za spóźnione. Jeśli zaś Odwołujący chciałby skutecznie kwestionować uprawnienie Pana Jacka G. do działania w imieniu Netpower S.A. musiałby wykazać podnoszoną okoliczność, tymczasem Odwołujący nie podjął w tym przedmiocie nawet żadnej próby.

Oddalenie ww. zarzutów stanowi o bezprzedmiotowości zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Brak również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie wykazał bowiem, iż Zamawiający w toku oceny ofert kierował się innymi kryteriami niż te ustalone w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: ……