

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Krystyna Faściszewska-Rąba
Sędziowie: SO Dariusz Chrapoński (spr.)

SO Małgorzata Kowalska
Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Zakładów Usługowych Południe Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Krakowie

przeciwko PKP Przewozy Regionalne Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością
Śląskiemu Zakładowi Przewozów Regionalnych w Katowicach
przy udziale EUROCLEAN Spółki ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego Zakładów Usługowych Południe Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie
z dnia 12 lutego 2009 r.
sygn. akt KIO/UZP 131/09

Sygn. akt XIX Ga 118/09

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 12 lutego 2009 r. Krajowa Izba
Odwoławcza (zwana dalej KIO) oddaliła odwołanie Zakładów Usługowych
Południe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (zwane dalej

Wykonawcą) od oddalenia protestu z dnia 12 stycznia 2009 roku przez PKP

. Przewozy Regionalne Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie -

w

Śląski Zakład Przewozów Regionalnych w Katowicach przy udziale Euroclean Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (zwanego dalej Euroclean) oraz rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

Ustalono, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie czystości taboru kolejowego”. Postępowanie to podzielono cztery zadania, dopuszczając przy tym na złożenie ofert częściowych. Niniejsze postępowanie dotyczyło:

- zadania nr 1 na wykonanie usług czyszczenia w punktach: Katowice-Wschód, Katowice-Zachód, Gliwice i Tarnowskie Góry;
- zadania nr 3 na wykonanie usług czyszczenia w punktach: Bielsko-Biała (PPK EZT i Gł. Odst. Wagonów Towarowych, Żywiec, Wisła Głębcze i Zwardoń).

Na wykonanie obu zadań oferty złożyli Wykonawca i Euroclean. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty na te

zadania złożonej przez Euroclean, o czym zawiadomił obu uczestników tego postępowania dnia 6 stycznia 2009 roku.

Na czynność wyboru protest złożył sześć dni później Wykonawca podnosząc naruszenie przez Zamawiającego: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 oraz art. 90 p.z.p. domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty i dokonanie ponownej oceny ofert. Zarzuty Wykonawcy koncentrowały się wokół trzech kwestii.

Euroclean nie wykazał doświadczenia zawodowego, wymaganego w pkt 6.2.1. SIWZ, albowiem podmiot ten nie wykonał analogicznych usług do objętych przedmiotem zamówienia.

Drugi zarzut dotyczył niespełnienia przez Euroclean warunku pkt 6.2.3. SIWZ, gdyż nie posiada on wymaganej przez ten przepis zdolności kredytowej.

Trzeci dotyczył złożenia przez Euroclean oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Z protestem nie zgodził się Zamawiający oddalając go dnia 20 stycznia 2009 roku.

W odwołaniu od tego rozstrzygnięcia Wykonawca ponowił zarzuty zawarte w proteście.

Mając tak ustalony stan faktyczny KIO stwierdziło, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż podniesione w nim argumenty nie mogły odnieść zamierzonego skutku, ze względu na ich bezzasadność.

Co do pierwszego zarzutu stwierdzono, że ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego swoje doświadczenie zawodowe w wykonywaniu analogicznych do przedmiotu zamówienia usług może być udokumentowane również usługami, które świadczył na rzecz innych podmiotów jako podwykonawca. Nie musi więc wykazywać doświadczenia poprzez usługi, które świadczył jako podmiot, który uzyskał zamówienie publiczne.

Euroclean wykazał doświadczenie zawodowe usługami świadczonymi na rzecz PKP Przewozy Regionalne w Poznaniu i na rzecz PUH Progress ZPChr Zbigniew Bekalarski w Poznaniu (w tym wypadku jako podwykonawca). Co do zarzutu nieprawdziwości podanych informacji odnośnie usług świadczonych na rzecz tego drugiego podmiotu, to również okazały się one niezasadne, gdyż po pierwsze nie może o tym świadczyć pismo dyrektora PKP Przewozy Regionalne w Poznaniu z dnia 2 lutego 2009 roku, albowiem nie mógł on mieć wiedzy na temat tego jaki podwykonawca wykonywał usługi za PUH Progress ZPChr Zbigniew Bekalarski na rzecz tej jednostki, gdyż ta sprawa była wewnętrzną sprawą Konsorcjum z dnia 25 października 2005 roku. Dla tego Zamawiającego istotnym było jedynie, kto jest wykonawcą usług, gdyż z takim podmiotem łączył go stosunek zobowiązaniowy.

Niewykonywanie tych usług nie może również wynikać z faktu, że umowa konsorcjum nie przewidywała możliwości zlecenia prac podwykonawcom, gdyż umowa o podwykonawstwo nie jest nieważna z tego powodu, że umowa konsorcjum jej nie przewidywała.

Nie jest też zasadny drugi zarzut. Art. 70 pr.bank. zawiera definicję zdolności kredytowej, jednakże pojęcia zawartego w tym przepisie nie można przekładać wprost na postanowienia SIWZ. Euroclean przedłożył zaświadczenie banku o wstępnej zdolności kredytowej i na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jest to wystarczające.

Również nie został wykazany przez Wykonawcę zarzut złożenia przez Euroclean rażąco niskiej ceny.

Mając to na względzie zdaniem KIO odwołanie należało oddalić (art. 191 ust. 1 p.z.p.)

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p.

W skardze na ten wyrok Wykonawca domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i unieważnienia czynności wyboru i nakazania Zamawiającemu wykluczenia oferty Euroclean oraz zasądzenia kosztów postępowania.

Wykonawca zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2.

Wykonawca zarzuty zawarte w skardze ograniczył do dwóch pierwszych jego podstaw, a mianowicie, że Euroclean nie spełnił wymogów SIWZ odnośnie pkt 6.2.1. i 6.2.3., podtrzymując dotychczasową argumentację w tym zakresie.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający zaznaczył, że zawarł już z Euroclean umowę, a jednomiesięczny okres współpracy pozwala na stwierdzenie, że referencje były wystarczające dla zawarcia umowy.

Euroclean wniósł o oddalenie skargi, przyznając jednakowoż nie spełnił on warunku pkt 6.2.1. albowiem na skutek omyłki księgowości błędnie w zestawieniu prac podano, że wykonano je o wartości przekraczającej 20% oferowanej ceny.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie, mimo częściowej jedynie zasadności podniesionych w niej zarzutów.

Zgodnie z pkt 6.2.3. SIWZ ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca winien się wykazać, że znajduje się on w takiej sytuacji finansowej, która zapewnia wykonanie zamówienia, a mianowicie posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 15% oferowanej ceny. Euroclean dołączył od oferty wystawione w dniu 11 grudnia 2008 roku przez Bank Zachodni WBK S.A. zaświadczenie o wstępnej zdolności kredytowej, z którego wynika, że spółka posiada zdolność do spłaty kredytu obrotowego w wysokości 2.500.000 zł udzielonego do grudnia 2011 roku. Jednocześnie w dalszej części pisma stwierdzono jakie są warunki udzielenia kredytu, przy czym zastrzeżono, że ocena pełnej zdolności kredytowej zostanie dokonana po przedłożeniu niezbędnych do tego dokumentów.

W ocenie Sądu Okręgowego KIO zasadnie uznała, że Euroclean spełnił ten warunek. Co prawda § 1 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku 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 ze zm.) mówi się o zdolności kredytowej wykonawcy, jako jednym z warunków wykazania się przez wykonawcę sytuacją finansową zapewniającą wykonanie zamówienia, nie mniej jednak, na gruncie przepisów regulujących problematykę zamówień publicznych ustawodawca definicji tego pojęcia nie zawarł, co wywołuje wątpliwości interpretacyjne tego pojęcia. Nie można bowiem na gruncie omawianej problematyki przenieść pojęcia zdolności kredytowej, które zostało zawarte w art. 70 ust. 1 zd. 2 pr. bank. Zgodnie z tym przepisem

Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Chodzi więc tutaj o realną możliwość zwrotu pobranej kwoty kredytu powiększonej o należne bankowi odsetki. Polskie ustawodawstwo nie zna więc pojęcia ogólnej zdolności kredytowej. Tym samym, art. 70 ust. 1 pr. bank, nie może zostać uwzględniony w niniejszej sprawie. Treść zaświadczenia Bank Zachodni WBK S.A. wskazuje jednoznacznie, że Euroclean ma możliwość zaciągnięcia i spłaty w ciągu 3 lat kredytu obrotowego w kwocie 2.500.000 zł i w postępowaniu o zamówienie publiczne jest to wystarczające. Poglądu tego nie zmienia fakt, że chodzi tutaj o „wstępną zdolność kredytową” a pełna zdolność zostanie oceniona po przedłożeniu dokumentów finansowych, gdyż jak wynika z tego zaświadczenia wymagane to by było, gdyby udzielano Euroclean kredytu, co przecież nie było intencją tej spółki. Po drugie z treści zaświadczenia wynika, że wydaje się ono celem przedłożenia w przetargu. Z tych też względów omawiany tutaj zarzut nie może odnieść zamierzonego skutku.

Na uwzględnienie zasługuje natomiast zarzut niespełnienia przez Euroclean warunku pkt 6.2.1. SIWZ, co zresztą na rozprawie dnia 9 kwietnia 2009 roku przyznał przedstawiciel tej spółki. Zgodnie z tym zapisem (pakt a) od wykonawcy wymagane było posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia poprzez wykonywanie usług utrzymania w czystości pojazdów komunikacji publicznej w okresie ostatnich 36 miesięcy przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w tym okresie, o łącznej wartości co najmniej 20% ceny oferty. Wykonawca składający oferty na wybrane lub wszystkie zadania winien wykazać się wykonaniem usług utrzymania w czystości pojazdów komunikacji publicznej o wartości co

najmniej 20% łącznej ceny ofert na wybrane lub wszystkie zadania.

Zgodnie z ofertą Euroclean zobowiązał się do wykonania usług za wynagrodzeniem w wysokości 14.354.214 zł, a to oznacza, że winien był wykazać się doświadczeniem zawodowym o wartości świadczonych usług w kwocie 2.870.842,80 zł, gdyż niewątpliwym jest, że spółka ta jako powstała pod koniec 2006 roku nie prowadziła działalności gospodarczej przez okres 36 miesięczny.

Bezspornie warunek ten nie został spełniony przez Euroclean, co przyznał na rozprawie dnia 9 kwietnia 2009 roku jej przedstawiciel.

Abstrahując jednakże od uznania tej okoliczności sama treść dokumentów dołączonych do niniejszej sprawy wskazuje na taki wniosek, a co za tym idzie KIO winna uwzględnić odwołanie Wykonawcy. Z załącznika nr 8 do oferty Euroclean wskazał, że w okresie od 1 lutego 2007 roku do 30 listopada 2008 roku wykonał on następujące usługi utrzymania czystości środków komunikacji publicznej:

- na rzecz PKP Przewozy Regionalne w Poznaniu o wartości 280.660 zł netto;
- na rzecz PUH Progress ZPChr Zbigniew Bekalarski w Poznaniu o wartości 3.740.000 zł netto.

Jak wynika z akt sprawy te drugie usługi Euroclean miał świadczyć jako podwykonawca tego podmiotu, przy wykonywaniu przez niego prac na rzecz OKO Przewozy Regionalne w Poznaniu, które zostały określone w umowie Konsorcjum z dnia 25 października 2005 roku.

W ocenie Sądu Okręgowego zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie tezy, że usługi takie miały miejsce. Z Biuletynu Zamówień Publicznych Nr 10 z dnia 12 stycznia 2006 roku wynika, że w zamówieniu publicznym a utrzymanie w czystości taboru kolejowego nie przewidywano wykonania zamówienia przez podwykonawców. Z pisma Lidera Konsorcjum - Zakładów Usługowych Zachód Sp. z o.o. w Poznaniu z dnia 12 stycznia 2006 roku, wynika, że nie zgłaszał on zamawiającemu jako podwykonawcy wykonującego części prac Euroclean. Z pisma Wielkopolskiego Zakładu Przewozów Regionalnych w Poznaniu wynika, że Euroclean nie wykonywała na rzecz tego podmiotu, ani jako wykonawca, tudzież podwykonawca usług w związku z zawarciem umowy z w/w Konsorcjum. Treść powyższych dokumentów wbrew twierdzeniom KIO pozwala w sposób jednoznaczny na stwierdzenie, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że Euroclean wykonał prace objęte poz. 2 wykazu. Do wniosku takiego można dojść po lekturze tych jednoznacznych w treści dokumentów. Oferta ta więc winna była zostać odrzucona jako sprzeczna z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.).

Wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien w sposób jednoznaczny wykazać posiadane przez siebie kwalifikacje zawodowe, które zostały określone w SIWZ (art. 25 ust. 1 p.z.p.). Sąd Okręgowy zdaje sobie sprawę, że ocena przez zamawiającego oferty pod kątem spełnienia tego warunku ma charakter formalny i ogranicza się do analizy zgodności treści dokumentów pod kątem ich zgodności z wymogami SIWZ i wielu przypadkach ich treść może nie wywoływać wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Podniesione jednakże w proteście zarzuty winny były jednakże być podstawą do podjęcia przez Zamawiającego stosownych czynności, celem wyjaśnienia, czy Euroclean spełnia wymogi SIWZ. Przecież Wykonawca w proteście powołał się na cytowane powyżej pismo Lidera Konsorcjum - Zakładów Usługowych Zachód Sp. z o.o. w Poznaniu z dnia 12 stycznia 2005 roku, które poddawało w wątpliwość, czy prace pod poz. Nr 2 wykazu zastały przez Euroclean wykonane.

Mając na względzie te okoliczności przeczono jak na wstępie (art. 198
ust 2 w zw. z art. 194 ust. 2 p.z.p. i art. 98 k.p.c. orzeczono jak na wstępie).

N-a oryginalne włdściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

slwie

SSiWlt z

SEKR iZ