

Sygn. akt: KIO 474 /11

WYROK
z dnia 16 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **CARBOSORT Sp. z o.o., 44-200 Rybnik, ul. Jankowicka 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207**

przy udziale wykonawcy: **Kompania Węglowa S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez CARBOSORT Sp. z o.o.**
- 2) dokonać wpłaty przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. na rzecz CARBOSORT Sp. z o.o. kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy**

sześćset złotych zero groszy)stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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 – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na *Zakup węgla w 2011 roku: Część I: Zakup węgla z grupy sortymentu węgla kamiennego „grube” o nazwie - „Orzech I”, „Orzech II”, „Orzech” - celem realizacji talonów deputatowych na rok 2011 w Rejonie KWK "Wałbrzych - Nowa Ruda" w ilości 9 499 ton, zgodnie z PN-82/G-97001, PN -82/G-97002 i PN-82/G-97003, Część II: Zakup węgla z grupy sortymentu węgla kamiennego „grube” o nazwie - „Orzech I”, „Orzech II”, „Orzech” - celem realizacji talonów deputatowych na rok 2011 w Rejonie KWK „Powstańców Śląskich - Bytom” w ilości 34 500 ton, zgodnie z PN-82/G-97001, PN -82/G-97002 i PN-82/G-97003.*

W dniu 7 marca 2011 r. wykonawca – CARBOSORT Sp. z o.o. wobec czynności wyboru najkorzystniejszych ofert złożonych przez: Katowicki Holding Węglowy S.A. (dla części I) i Kompanię Węglową S.A. (dla części II) oraz zaniechania wykluczenia Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. (dalej: KHW) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (część I) i zaniechania wezwania Kompanii Węglowej S.A. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w przetargu na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (część II).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do części I zamówienia Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ żądał od wykonawców przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków organu zarządzającego (pkt 6.B.6. SIWZ) oraz podmiotu zbiorowego (pkt 6.B.7. SIWZ). KHW załączył do oferty wyłącznie informacje z KRK dla dwóch członków zarządu – osób podpisanych pod ofertą, nie przedstawił natomiast informacji dotyczącej podmiotu zbiorowego. Zamawiający, pismem z dnia 21 lutego 2011 r., wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia informacji z KRK dla pozostałych członków zarządu KHW oraz dla podmiotu zbiorowego. Wskazał przy tym, że dokumenty muszą potwierdzać okoliczności, dla których zostały złożone, nie później niż na dzień 18 lutego 2011 r. (termin składania ofert).

Wykonawca przedłożył dokumenty, które Zamawiający bezpodstawnie – w ocenie Odwołującego – uznał za prawidłowe. Odwołujący wskazał, że przedłożona informacja

z KRK dla podmiotu zbiorowego potwierdza stan na dzień 22 lutego 2011 r. (data pieczęci Biura Informacji KRK), nie zaś na dzień 18 lutego 2011 r.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z zasadami wydawania informacji z KRK, określonymi ustawą z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. Nr 50, poz. 580 z późn. zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. Nr 198, poz. 1930 z późn. zm.), informacja z KRK potwierdza status podmiotu wyłącznie na dzień jej wydania. W konsekwencji dokument wystawiony z datą 22 lutego 2011 r., nie potwierdził, iż składający ofertę spełnił wymogi określone w SIWZ na dzień 18 lutego 2011 r. Konsekwencją tego stanu rzeczy winno być wykluczenie oferty KHW na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, wskazanie przez KHW w zapytaniu o udzielenie informacji daty 17 lutego 2011 r. było nieskuteczne i nie wiąże podmiotu wydającego informację. Jak wynika ze stempla znajdującego się u góry informacji zapytanie wpłynęło do punktu informacyjnego dopiero w dniu 22 lutego 2011 r. (tj. po otrzymaniu przez KHW w dniu 21 lutego 2011 r. wezwania o uzupełnienie dokumentów).

Ponadto Odwołujący podniósł, że KHW w ogóle nie przedłożył informacji o niekaralności potwierdzającej spełnianie warunków udziału w przetargu w zakresie członków organu zarządzającego. Obowiązkiem zamawiającego było w tej sytuacji wezwać KHW do przedłożenia tych dokumentów. KHW przedstawił cztery informacje z KRK członków organu zarządzającego, jednakże zaświadczenia te zostały sporządzone z naruszeniem wymogów art. 19 ust. 2 uKRK, nie zawierają bowiem podpisu organu (Zarządu) Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., będącego wnioskodawcą w postępowaniu o udzielenie informacji. Odwołujący podniósł, że informacja z KRK, stanowiąca zaświadczenie w rozumieniu KPA, dla swojego bytu prawnego musi być zgodna zarówno co do treści jak i formy z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Niespełnienie któregokolwiek z tych kryteriów prowadzi do sytuacji, w której zaświadczenie traci ten przymiot. Zapytanie kierowane do KRK musi spełniać wymogi określone w art. 19 ust. 2 uKRK, w tym zawierać podpis organu podmiotu kierującego zapytaniem (pkt 6). Tylko dokument spełniający te wymogi, dodatkowo sporządzony na urzędowym formularzu, stanowi zapytanie w rozumieniu uKRK. Zdaniem Odwołującego, jeżeli zapytanie kierowane do Biura Informacji KRK nie zawiera wszystkich elementów wskazanych w ustawie, nie może zostać uznane za zapytanie w rozumieniu przepisów uKRK i rozporządzenia. W konsekwencji, nawet jeżeli dokument taki zostanie opatrzony stosowną adnotacją, to nie stanowi informacji o niekaralności w rozumieniu ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z odpisem z KRS do reprezentacji KHW upoważniony jest zarząd, działający poprzez dwóch członków zarządu łącznie lub członka zarządu wraz z prokurentem. Przedłożone dokumenty sygnowane są zaś wyłącznie przez jedną osobę fizyczną, która nie ma uprawnienia do jednoosobowej reprezentacji KHW. W konsekwencji dokumenty te, jako dotknięte istotną wadą formalną, nie stanowią informacji w rozumieniu ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, a tym samym nie mogą poświadczać spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie dokonał czynności wyjaśniających w zakresie oferty KHW co do posiadanego doświadczenia. Zamawiający wymagał od oferentów doświadczenia w postaci realizacji (...) co najmniej jednego zamówienia porównywalnego z przedmiotem zamówienia (pkt 5.3.1. SIWZ). W załączniku nr 3 do oferty KHW oświadczył, iż we wskazanym okresie zrealizował trzy zamówienia o wymaganej wartości, na potwierdzenie czego przedłożył referencje od swoich kontrahentów. Z załączonych referencji nie wynika, aby wartość podanych zamówień była wartością jednego zamówienia, nie zaś sumą kilku odrębnych zamówień, zaś te konkretne usługi wykonane były należycie. Załączone oświadczenia kontrahentów mają charakter ogólny i w ocenie Odwołującego nie dokumentują oświadczeń KHW. Dlatego też Zamawiający winien był w tym zakresie zażądać od KHW wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aby prawidłowo ocenić, czy ten wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do części II zamówienia Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wezwania Kompanii Węglowej S.A. (dalej: KW) do wykonawcy do przedłożenia wszystkich dokumentów mających udokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, przedłożone przez ww. wykonawcę informacje z KRK nie mogą zostać uznane za zaświadczenie w rozumieniu przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym.

Odwołujący podniósł, że wg odpisu KRS załączonego do oferty do reprezentacji KW upoważniony jest zarząd, działający poprzez dwóch członków zarządu łącznie lub członka zarządu wraz z prokurentem. Wykonawca, składając zapytanie co do danych o niekaralności dla członków organu zarządzającego (na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym), uchybił obowiązkowi złożenia podpisu przez organ nim zarządzający – dokumenty podpisała osoba, nie mająca upoważnienia do jednoosobowej reprezentacji podmiotu. Tym samym, pomimo opatrzenia zapytań adnotacją „nie figuruje”, nie stanowią one – zdaniem Odwołującego – informacji o niekaralności sporządzonej zgodnie

z wymogami ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym i nie dokumentują spełniania przez KW wymogów SIWZ w zakresie niekaralności członków organu zarządzającego. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

1. W zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego:

W punkcie 6.B.6 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp oraz w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (dot. podmiotu zbiorowego), wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (tj. przed 18 lutego 2011 r.).

Wykonawca KHW załączył do oferty informacje z KRK dotyczące dwóch członków Zarządu, którzy podpisali ofertę (pan Artur Trzeciakowski i pan Mariusz Korzeniowski). Zapytania dotyczące ww. osób zostały podpisane przez Wiceprezesa Zarządu pana Artura Trzeciakowskiego. Do oferty nie załączono informacji dotyczących pozostałych dwóch członków zarządu, nie przedłożono również informacji dotyczącej podmiotu zbiorowego.

Zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego, do składania oświadczeń woli w imieniu KHW wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

W dniu 22 lutego 2011 r. wykonawca KHW przedłożył, na wezwanie Zamawiającego, następujące dokumenty:

- 1) informacje z KRK dotyczące dwóch pozostałych członków Zarządu – zapytania oznaczone datą 10 lutego 2011 r., podpisane przez pana Artura Trzeciakowskiego, z adnotacją o niefigurowaniu w KRK z dnia 11 lutego 2011 r.,
- 2) informację o podmiocie zbiorowym – zapytanie podpisane przez członka Zarządu pana Mariusza Korzeniowskiego, oznaczone datą 17 lutego 2011 r., z adnotacją KRK z dnia 22 lutego 2011 r.

Przystępujący załączył do oferty informację z KRK dotyczącą podmiotu zbiorowego oraz informacje o niekaralności dotyczące wszystkich (sześciu) członków Zarządu. Wszystkie zapytania do KRK zostały podpisane przez Wiceprezesa Zarządu pana Jacka Korskigo. Adnotacje KRK wystawione zostały 6 października 2010 r.

Zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego, do składania oświadczeń woli w imieniu KHW wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

2. W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia:

Zgodnie z punktem 5.3.1. SIWZ Wykonawca winien specjalizować się na rynku obrotu paliwami stałymi w wykonywaniu usług o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia oraz udokumentować realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia porównywalnego z przedmiotem zamówienia o wartości minimum 2.000.000 zł (dla części I) i 8.000.000 (dla części II).

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz dostaw, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania lub wykonywania i odbiorców, zgodnie z opisem w pkt 5.3.1 SIWZ oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca KHW złożył wykaz wykonanych dostaw (str. 8 oferty), w którym zamieścił 3 dostawy o wartości: 12.996.066,00 zł, 33.348.302,00 zł oraz 33.248,302,00 zł. Do wykazu załączone zostały referencje wystawione przez odbiorców dostaw i potwierdzające dobrą współpracę z wykonawcą oraz rzetelne wykonanie dostaw węgla.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia (w części I i II).

Spośród zarzutów przedstawionych w odwołaniu uwzględniony został zarzut dotyczący niezłożenia wymaganej informacji z KRK, dotyczącej podmiotu zbiorowego. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, uzupełnione na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winny – zgodnie z tym przepisem – potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Informacja z KRK złożona przez KHW

w dniu 22 lutego 2011 r. nie spełnia powyższego wymogu, potwierdza bowiem niefigurowanie w kartotece podmiotów zbiorowych na dzień 22 lutego 2011 r., tj. na dzień przypadający po upływie terminu składania ofert.

Podkreślić należy, że brak jest podstaw do wymagania od wykonawców przedłożenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie dokumentów wystawionych przed upływem terminu składania ofert. Niedopuszczenie możliwości uzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów wystawionych po dniu składania ofert podważałoby sens i cel przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdzić więc należy, że co do zasady możliwe jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez dokumenty wystawione po terminie składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan przypadający nie później niż na dzień składania ofert.

Powyższa możliwość nie ma praktycznego zastosowania w przypadku informacji z KRK, które nie potwierdzają stanu „historycznego”, lecz stwierdzają fakt niefigurowania w kartotece karnej na dzień ich wydania (tj. na dzień zamieszczenia adnotacji urzędowej na zapytaniu).

W ocenie Izby nie ma żadnego znaczenia data wpisana przez przedstawiciela wykonawcy na zapytaniu skierowanym do KRK (17 lutego 2011 r.). Jest to bowiem jedynie data wystawienia zapytania, nie zaś udzielenia informacji o niekaralności. Brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że fakt niekaralności został potwierdzony na dzień wskazany jako data wystawienia zapytania. Z treści adnotacji KRK jednoznacznie wynika, że wykonawca nie figuruje w kartotece podmiotów zbiorowych KRK na dzień 22 lutego 2011 r., tj. na dzień przypadający po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że wykonawca KHW nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponieważ był już raz wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, niemożliwe jest powtórne skorzystanie z procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca ten podlega zatem wykluczeniu z postępowania.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W ocenie Izby, przedstawione przez Przystępującego informacje z KRK należy uznać za prawidłowe, potwierdzające niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 8 i 9 ustawy Pzp. Również informacje przedłożone przez wykonawcę KHW, dotyczące niekaralności członków zarządu nie są obarczone wadami. Wadliwości tych informacji nie powoduje fakt, że zapytania skierowane przez ww. wykonawców do KRK zostały podpisane jednoosobowo przez członków zarządu spółek, mimo że prawo do reprezentacji przysługuje członkom zarządu działającym łącznie lub z prokurentem. Izba stanęła na stanowisku, że nie jest konieczne podpisanie zapytania zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS,

a jednoosobowe skierowanie takich zapytań nie powoduje wadliwości informacji udzielonej z KRK. Skierowanie zapytania do KRK nie jest bowiem reprezentowaniem spółki i składaniem w jej imieniu oświadczeń woli – a do takich czynności wymagana jest łączna reprezentacja. Niezależnie od powyższego, istotny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii jest fakt, że informacja z KRK została udzielona i jest formalnie prawidłowa. Gdyby zapytanie obarczone było wadami formalnymi, uniemożliwiającymi udzielenie informacji, to zgodnie z art. 19 ust. 4 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym nastąpiłoby wezwanie pytającego do usunięcia braków w terminie 14 dni, z pouczeniem, że nieusunięcie braków spowoduje pozostawienie zapytania lub wniosku bez rozpoznania.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia przez wykonawcę KHW warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Spełnienie warunku wykazane zostało poprzez oświadczenie wykonawcy obejmujące wykaz trzech zamówień, z których każde odpowiadało wymaganiom Zamawiającego (Odwołujący nie wykazał, aby zamówienia zamieszczone w wykazie nie spełniały tych wymagań). Referencje natomiast, z których Odwołujący wywodzi wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę KHW warunku udziału w postępowaniu, nie są dokumentami służącymi potwierdzeniu wartości i cech wykonanych zamówień, ale dokumentami potwierdzającymi fakt ich należytego wykonania.

Stanowisko, zgodnie z którym referencje miałyby potwierdzać wszystkie cechy zamówienia istotne z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie ma oparcia w przepisach prawa. Wskazać w tym miejscu należy na treść § 1 ust. 1 pkt 3 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. Zgodnie z przywołanym przepisem, w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać wykazu wykonanych (lub wykonywanych) dostaw lub usług, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie. Brzmienie powyższego przepisu jednoznacznie wskazuje, że dane niezbędne do tej oceny wynikają z oświadczenia wykonawcy i nie muszą być one powtórzone w dokumentach referencyjnych, z których wynikać ma jedynie, czy zamówienia zostały należycie wykonane. Referencje przedstawione przez wykonawcę KHW, mimo ogólnej treści i braku szczegółowych danych o zamówieniach, w ocenie Izby należy uznać za wystarczające, jednoznacznie bowiem wynika z nich, że dostawy zrealizowane przez ww. wykonawcę na rzecz wystawcy referencji, zostały wykonane należycie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2b 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:

.....