

WYROK

z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2011 r. przez wykonawcę **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Towarowa 1;**

przy udziale wykonawcy **A. Weber Sp. z o.o., 44-240 Żory, ul. Boczna 8**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Towarowa 1** kwotę **3 729 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy dla kopalń JSW S.A. dwuskładnikowych klejów do wzmacniania i konsolidacji górotworu w łącznej ilości 285 106 kg z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do dnia 31.12.2011 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 11 marca 2011 r., poz. 2011/S 49-080799 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 27 maja 2011 r. Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała działania Zamawiającego polegające na:

- 1) zaniechaniu czynności, do której Zamawiający zobowiązany jest na mocy Prawa zamówień publicznych, a mianowicie wezwania Wykonawcy A. Weber Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach do przedłożenia oryginałów następujących dokumentów: sprawozdanie z badań nr 114C-1/09/SM2 z dnia 7 maja 2009 r., sprawozdanie z badań nr 317/06-1/SM2 z dnia 7 grudnia 2006 r., sprawozdanie z badań nr 317-2/05/SM2/1 z dnia 25 stycznia 2006 r. oraz pozostałych sprawozdań z badań oferowanych w postępowaniu produktów, albowiem zachodzą uzasadnione wątpliwości co do ich autentyczności;
- 2) jeżeli wezwanie takie zostało dokonane, a Wykonawca zaniechał przedłożenia oryginałów dokumentów - zaniechaniu czynności, do której Zamawiający zobowiązany jest na podstawie Prawa zamówień publicznych, a to wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy A. Weber Sp. z o.o. oraz uznania oferty tego Wykonawcy za odrzuconą;
- 3) dokonaniu czynności niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy A. Weber Sp. z o.o. w sytuacji, w której Wykonawca ten winien zostać z postępowania wykluczony.

W wyniku powyższych działań Zamawiającego doszło do naruszenia następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

- 1) art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 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 składane² przez zaniechanie wezwania Wykonawcy A. Weber Sp. z o.o. do przedłożenia oryginałów dokumentów, o których mowa wyżej w punkcie 1);
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz uznania oferty tego Wykonawcy za odrzuconą;
- 3) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również przepisów wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty A. Weber Sp. z o.o.;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem konieczności uzyskania od Wykonawcy A. Weber Sp. z o.o. oraz Głównego Instytutu Górnictwa oryginału dokumentacji, o której mowa powyżej w punktach 1), jeżeli Zamawiający tego nie uczynił;
- 3) nakazanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy A. Weber Sp. z o.o. oraz uznania oferty tego Wykonawcy za odrzuconą;
- 4) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z załączonych do niniejszego odwołania dokumentów na okoliczności wynikające z ich treści.

Odwołujący twierdził, że jeżeli zostałyby stwierdzone, iż dokumenty - potwierdzające, że dostawy spełniają wymagania Zamawiającego postawione dla II i III części postępowania - załączone przez A Weber Sp. z o. o. do ofert częściowych w części II i III, zawierają nieprawdziwe informacje, to wykonawca ten powinien zostać wykluczony również z I części postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca A. Weber Sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w ramach części I postępowania (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Przystępujący zostałyby wykluczone z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia w I części, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych dla trzech części zamówienia.
2. W dniu 17 maja 2011 r. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą w pierwszej części zamówienia; do dnia rozprawy nie rozstrzygnął części drugiej i trzeciej.
3. Rozpatrywane odwołanie dotyczy pierwszej części zamówienia – Odwołujący kwestionuje wynik postępowania w pierwszej części podnosząc, że Przystępujący winien być wykluczony z postępowania we wszystkich częściach z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w II i III części zamówienia. Dokumenty, co do których Odwołujący wskazywał na wątpliwości dotyczące ich prawdziwości, odnosiły się wyłącznie do drugiej i trzeciej części zamówienia – były to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, czyli dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia objętego częścią II i III.

Strony były zgodne co do tak ustalonego stanu faktycznego, ale przypisywały mu odmienne skutki prawne.

Odwołujący wywodził, że – jeżeli dokumenty przedmiotowe złożone przez Przystępującego dla drugiej i trzeciej części zamówienia okazałyby się dokumentami zawierającymi nieprawdziwe informacje – Przystępujący powinien być wykluczony ze wszystkich części postępowania. Natomiast Zamawiający twierdził, iż ewentualne wykluczenie może nastąpić tylko w częściach, w których zostały złożone nieprawdziwe informacje. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Rozstrzygnięcie sporu sprowadzało się zatem do odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku złożenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia kilku ofert częściowych

i załączenia do jednej z nich (bądź kilku, ale nie wszystkich) dokumentów przedmiotowych, zawierających nieprawdziwe informacje, a dokumenty te były wymagane wyłącznie dla określonej części postępowania, podlega on wykluczeniu z „całego” postępowania, tj. również w częściach, w których nie złożono nieprawdziwych informacji.

Ostatecznie, po rozważeniu stanowisk zaprezentowanych przez Strony na rozprawie, Izba przyznała rację stanowisku Zamawiającego.

Postępowanie, w którym wniesiono odwołanie, było prowadzone z możliwością składania ofert częściowych dla trzech części przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, oferta częściowa to oferta przewidująca, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego. Ustawa dopuszcza również udzielenie zamówienia w częściach (art. 6a Prawa zamówień publicznych) – wówczas dla każdej części postępowania prowadzone są odrębne postępowania (art. 32 ust. 4 Prawa zamówień publicznych), a „suma” przedmiotów zamówienia odrębnych postępowań stanowi jedno zamówienie. Zatem w przypadku udzielenia zamówienia, którego przedmiot jest podzielny, Zamawiający może wybrać dwa sposoby postępowania: albo przeprowadzić jedno postępowanie z możliwością składania ofert częściowych (jak w przypadku postępowania, w którym wniesiono odwołanie), albo przeprowadzić kilka odrębnych postępowań w celu udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W niniejszym uzasadnieniu, ilekroć mowa o „części zamówienia”, „części postępowania”, a nie zaznaczono inaczej, odnosi się to do udzielenia zamówienia z możliwością składania oferty częściowej.

Według art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wywodził, że skoro w przepisie tym określenie „postępowanie” jest użyte w liczbie pojedynczej, to w przypadku postępowania z możliwością składania ofert częściowych, jeżeli nieprawdziwe informacje zostały złożone w przynajmniej jednej części postępowania, to wykonawca powinien być wykluczony z wszystkich części postępowania, bowiem nie ma instytucji „wykluczenia częściowego”.

Rzeczywiście brak w Prawie zamówień publicznych, w odniesieniu do wykluczenia, przepisu będącego odpowiednikiem przepisu art. 93 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w którym przewidziano, że „jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio” (pozwalający na unieważnienie postępowania w określonej części). Niemniej jednak ustawodawca przewidział wykluczenie tylko w niektórych częściach zamówienia – jeżeli wykonawca nie wniesie wadium w jednej z części, to podlega wykluczeniu właśnie w tej części.

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby warunki udziału w postępowaniu ustalić odrębnie dla każdej części postępowania, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych – w takim wypadku również należy wykluczyć wykonawcę z powodu niespełnienia warunków tylko w określonej części.

Powyższe przykłady wskazują, że postępowanie z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się autonomicznością każdej części, tak samo, jak odrębne (autonomiczne) byłyby postępowania prowadzone osobno dla poszczególnych części zamówienia.

Zamawiający na rozprawie wskazywał, że konsekwencje dla wykonawcy wynikające z określonego czynu nie powinny się różnić tylko dlatego, że Zamawiający wybrał określony sposób udzielenia zamówienia: gdyby postępowanie nie było prowadzone z możliwością składania ofert częściowych, a według alternatywnego sposobu - prowadzonoby postępowanie odrębne dla każdej części - wówczas nie wnioskowanoby o wykluczenie wykonawcy ze wszystkich postępowań, jeżeli nieprawdziwe informacje wykonawca złożyłby w jednym z nich. Pogląd ten Izba podziela, dodatkowo wskazując, że wykluczenie wykonawcy z postępowania ma charakter sankcyjny i powinno być stosowane możliwie wąsko, zatem jeżeli skutkujące wykluczeniem uchybienie wykonawcy nastąpiło w jednej części postępowania, wykluczenie powinno nastąpić w tej właśnie części. Oczywiście podanie nieprawdziwych informacji jest naganne, niemniej jednak charakter przesłanki wykluczenia nie może przesądzać o możliwości zastosowania tej samej przesłanki wykluczenia w innych częściach postępowania.

Ponieważ Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż ustalenie, czy informacje zawarte w dokumentach przedmiotowych dla drugiej i trzeciej części postępowania są nieprawdziwe, nie ma znaczenia dla ustalenia przesłanek wykluczenia w części pierwszej postępowania, Izba, jako że odwołanie dotyczyło tylko pierwszej części zamówienia, odstąpiła od badania, czy dokumenty przedmiotowe złożone w części drugiej i trzeciej postępowanie zawierały nieprawdziwe informacje.

Reasumując, jeżeli doszłoby do złożenia dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje odnoszące się w jakikolwiek sposób do wszystkich części postępowania (bez względu na charakter dokumentów – czy byłyby to dokumenty przedmiotowe czy podmiotowe), to wykonawca podlegały wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych ze wszystkich części postępowania, natomiast jeżeli dokumenty będące podstawą wykluczenia zostały złożone tylko w ramach jednej części postępowania i były to specyficzne dokumenty wymagane wyłącznie dla tej części, nie można wykonawcy wykluczyć z innych części postępowania.

W konsekwencji powyższych wywodów, wniesienie odwołania na ewentualne zaniechania Zamawiającego w nierozstrzygniętych częściach postępowania II i III jest

przedwczesne (Odwołujący zresztą przyznał na rozprawie, że w odniesieniu do części II i III nie może wykazać istnienia przesłanki do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), a w części pierwszej Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....