

WYROK
z dnia 9 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 października 2010 r. przez **konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. (lider) oraz TILTRA Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe „Białystok” S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Produkcyjna 102, 15-680 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok**

przy udziale konsorcjum firm w składzie: **UNIBEP S.A. (lider) oraz Siauliu Plentas z siedzibą dla lidera: ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. (lider) oraz TILTRA Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe „Białystok” S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Produkcyjna 102, 15-680 Białystok**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. (lider) oraz TILTRA Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe „Białystok” S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Produkcyjna 102, 15-680 Białystok.**

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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 9 listopada 2010 r. o sygn. akt: KIO 2351/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego, którym jest Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku odwołanie w zakresie zadania 1 „Rozbudowa i budowa dróg wojewódzkich wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinkach Zwodzieckie - Nowosady- w ramach projektu pn."Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 685 na odcinku Nowosady - Hajnówka oraz drogi wojewódzkiej nr 687 na odcinku Zwodzieckie - Nowosady." Odwołanie złożył wykonawca - konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. (lider) oraz TILTRA Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe" Białystok" S.A. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, polegającej na:

1. zaniechaniu wykluczenia oferty konsorcjum firm w składzie: UNIBEP S.A. oraz UAB „Šiaulių Plentas" z Litwy (dalej „konsorcjum”), pomimo niespełniania przez w/w konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”),
2. naruszeniu § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009r nr 226, poz 1817), poprzez uznanie złożonych przez w/w konsorcjum dokumentów jako prawidłowych.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenie przez zamawiającego czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenie z postępowania oferty konsorcjum,
4. dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust.10 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że zamawiający pismem z dnia 08.10.2010 r. nr WZP.3320-14/10 wezwał konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądając przedłożenia :

- w odniesieniu do urzędującego członka zarządu partnera konsorcjum z Litwy pana Juozasa A - Dyrektora Generalnego - dokumentu w zakresie określonym art. 24 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp i doprecyzowanym w § 4 ust. 2 oraz ust. 3 w/w rozporządzenia,
- w odniesieniu do partnera konsorcjum z Litwy dokumentu w zakresie określonym

art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp i doprecyzowanym w § 4 ust. 2 oraz ust. 3 w/w rozporządzenia.

Zdaniem odwołującego zamawiający błędnie wezwał konsorcjum do złożenia oświadczenia w trybie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten powinien wykazać spełnienie warunków z art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8, a zamawiający nie jest uprawniony do wybiórczego stosowania wymagań narzuconych art. 24 ustawy Pzp, co oznacza, że powinien żądać od konsorcjum wykazania spełnienia wszystkich warunków, zwłaszcza, że takie wymagania określił w SIWZ (str.14).

Ponadto odwołujący podniósł, że złożone przez konsorcjum oświadczenia w żadnym stopniu nie odnoszą się do ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przytaczają żadnego z artykułów do którego oświadczenia mają się odnosić, co oznacza, że oświadczenia nie wypełniają nawet wymagań zamawiającego obarczonych błędem.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie złożone przez Pana Juozasa A nie wypełnia swym zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez fakt, że nie ma w nim wzmianki o niekaralności z tytułu przestępstw popełnionych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, zaś oświadczenie dotyczące niekaralności podmiotu zbiorowego nie zawiera wskazania dotyczącego braku wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, ani nie odnosi się bezpośrednio do treści zakazu („zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary” .

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z § 6 ust 4 w/w rozporządzenia złożone przez konsorcjum dokumenty są przetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego, zatem wątpliwości co do treści oświadczeń lub niedokładnego tłumaczenia nie mogą tu mieć miejsca.

Jako bezsporny w doktrynie i orzecznictwie uznał fakt, że wszelkie składane na wezwanie zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Wskazał, że ustawa nie przewiduje wyjątków w tej kwestii, co oznacza, że oświadczenie składane przez konsorcjum przed notariuszem również powinno mieć datę nie późniejszą niż dzień składania ofert, gdy tymczasem oświadczenia złożone przez to konsorcjum noszą datę 20.10.2010 r., a więc blisko miesiąc po terminie otwarcia ofert.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. Wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 8 października 2010 r.,
3. Odpowiedzi przystępującego na w/w wezwanie z dnia 20 października 2010 r. wraz z załącznikami,
4. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 października 2010 r.,
5. Odwołania z dnia 28 października 2010 r.,
6. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 4 listopada 2010 r.,
7. Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 3 listopada 2010 r.,
8. Tłumaczeń oświadczeń złożonych w dniu 20 października 2010 r. przed notariuszem przez pana Juozasa A.

Zarzut błędnego wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów nie potwierdził się.

Bezspornym między stronami był fakt, że przystępujący jest osobą prawną działającą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Odwołujący argumentował, że zamawiający winien żądać od przystępującego wykazania spełnienia wszystkich warunków, jakie określił w SIWZ, uznając przy tym, że skoro zamawiający wskazał w SIWZ, że wykonawca nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp, to w taki też zakresie zamawiający winien był wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentów.

Izba wskazuje, że postanowienia o braku podstaw do wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu formułowane są przez zamawiającego w momencie, kiedy zamawiający nie wie, jaki będzie status prawny (forma prawna) wykonawców, którzy złożą oferty.

Natomiast w momencie wzywania do uzupełnienia dokumentu tj. po terminie składania ofert forma prawna poszczególnych wykonawców jest już znana.

Żądanie od osoby prawnej - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jaką jest przystępujący dokumentów dotyczących spółki komandytowej, partnerskiej czy jawnej albo wręcz osoby fizycznej jest absurdalne i bezcelowe, ponieważ podstawą wykluczenia osoby prawnej - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może być wyłącznie przepis art. 24 ust. 1 pkt 8, nie zaś art. 24 ust. 1 pkt 4 - 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut błędnego uznania przez zamawiającego, że złożone przez przystępującego w wyniku wezwania dokumenty potwierdzają brak istnienia podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w sytuacji, gdy złożone oświadczenia nie przytaczają żadnego z artykułów do którego oświadczenia mają się odnosić nie potwierdził się.

Odwołujący argumentował, w przypadku oświadczenia złożonego przez pana Juozasa A odnośnie jego niekaralności, że nie ma w nim wzmianki o niekaralności z tytułu przestępstw popełnionych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Izba za wystarczające do stwierdzenia, że pan Juozas A jako urzędujący członek organu zarządzającego przystępującego nie został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia uznała objęcie złożonym przez wskazaną osobę oświadczeniem przestępstwa popełnionego „w czasie procedur nabycia”, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowaną procedurą nabycia: dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Za wystarczające do stwierdzenia, że w stosunku do przystępującego sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary Izba uznała objęcie oświadczeniem złożonym przez pan Juozasa A odnośnie spółki, którą reprezentuje treści: „sąd, kierując się aktami prawnymi o odpowiedzialności za zabronione oraz karalne czyny, nie wydał zakazu uczestniczenia w publicznych zakupach”, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę realizowania zakupów - zakupów publicznych skoro w wyniku takiej publicznej procedury są one realizowane .

Izba wskazuje, że ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i przepisy rozporządzeń wykonawczych nie nakładają na wykonawców obowiązku składania oświadczeń tożsamych w brzmieniu z tymi zawartymi w tych aktach prawnych. Dopuszczalnym zatem jest posłużenie się innymi wyrazami, zwrotami, sformułowaniami, o ile tylko można im przypisać znaczeniową tożsamość z wyrazami, zwrotami, sformułowaniami zawartymi w akcie prawnym.

Izba uznała, iż w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z taką znaczeniową tożsamością.

Izba podkreśla istotny i oczywisty fakt różnic w systemach prawnych poszczególnych państw (tu: Polski i Litwy), który ustawodawca uwzględnił w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Pzp, poprzez to, że nie odesłał do przepisów prawa polskiego.

Zwrócić należy także uwagę, że oświadczenie złożone przed notariuszem wykonawca składa się w sytuacji (zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane), gdy w kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę nie wydaje się odpowiednich dokumentów (tu: odpowiedniki zaświadczeń z polskiego Krajowego Rejestru Karnego). Trudno natomiast oczekiwać, aby organy sądowe innego państwa знаły przepisy prawa polskiego i wydawały zaświadczenia odnoszące się do prawa polskiego.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut błędnego uznania przez zamawiającego, iż złożone przez przystępującego w wyniku wezwania dokumenty potwierdzają brak istnienia podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w sytuacji, gdy złożenie oświadczenia przystępującego przed notariuszem nie nastąpiło w dacie nie późniejszej niż termin składania ofert nie potwierdził się.

Bezspornym między stronami był fakt, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upłynął 28 września 2010 r.

Odwołujący argumentował, że wszelkie składane na wezwanie zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W ocenie odwołującego przeszkodą, aby uznać, że tak właśnie jest w przypadku przystępującego jest data oświadczenia złożonego przez pana Juozasa A przed notariuszem, która przypada blisko miesiąc po terminie składania ofert.

Izba wskazuje, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, będący podstawą czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów, wprost w zdaniu ostatnim stanowi, iż „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert”, co oznacza, że istotnym z punktu widzenia oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu jest wyłącznie to, czy warunek był spełniony w dniu, w którym upływał termin składania ofert, niezależnie od tego jaką datę nosi dokument fakt spełniania warunku potwierdzający.

Odnosnie warunku, aby wykonawca nie podlegał wykluczeniu z przyczyn, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przystępujący przedłożył oświadczenie wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego na język polski z dnia 20 października 2010 r., które złożył przed notariuszem w mieście Siauliai Nijole Masiliuniene, z którego wynika, iż w dniu 28 września 2010 r., tj. w dniu, w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu składający oświadczenie pan Juozas A nie został skazany za wskazane w oświadczeniu przestępstwa.

Podstawą takiego wniosku, jest zdanie zawarte w oświadczeniu w brzmieniu: „(...) oświadczam, że w okresie 6 miesięcy do dnia 28-09-2010 w stosunku do mnie nie było podjęte zastosowane orzeczenie sądu (...)”.

Odnosnie warunku udziału w postępowaniu, aby wykonawca nie podlegał wykluczeniu z przyczyn, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przystępujący przedłożył oświadczenie wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego na język polski z dnia 20 października 2010 r. przed notariuszem w mieście Siauliai Nijole Masiliuniene, z którego wynika, iż w dniu 28 września 2010 r., tj. w dniu, w którym upłynął termin składania ofert sąd nie orzekł w stosunku do podmiotu, w imieniu którego działa pan Juozas A - Dyrektor Generalny zakazu ubiegania się o zamówienia.

Podstawą takiego wniosku, jest zdanie zawarte w oświadczeniu w brzmieniu: „(...) oświadczam, że w okresie 6 miesięcy do dnia 28-09-2010 w stosunku do UAB „Siauliu plentas” ul. Isradeju 11, LT-78149, Siauliai, sąd kierując się aktami prawnymi o odpowiedzialności za zabronione oraz karalne czyny, nie wydał zakazu uczestniczenia w publicznych zakupach (...)”.

Skoro dzień 28 września 2010 r. został objęty oświadczeniem, a jest to dzień w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, to uznać należy, że przystępujący w wyniku wezwania zamawiającego wykazał zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak istnienia podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w takim samym terminie jak zobowiązani byli to uczynić wszyscy wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Ze względu na fakt, że nie potwierdził się żaden z zarzutów podniesionych przez odwołującego Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, tym samym nie znajdując podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....