

WYROK
z dnia 8 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Młacka**
 Izabela Niedziałek – Bujak
 Andrzej Niwicki

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Emte Sistemas S.A.U., 28002 Madryt Hiszpania, C/Pincipe de Vergara 131** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, 00-906 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SILVER-NET Czerniszewski Piotr, JBT AeroTech Jetway Systems, 05-650 Chynów, ul. Różana 1** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Emte Sistemas S.A.U., 28002 Madryt Hiszpania, C/Pincipe de Vergara 131** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Emte Sistemas S.A.U., 28002 Madryt Hiszpania, C/Pincipe de Vergara 131** 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:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zaprojektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie 7 szt. lotniczych rękawów pasażerskich w Terminalu A (Pirs Północny) w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 8 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem Dz. U/S 2011/S 236-382699.

Odwołujący Emte Sistemas S.A.U. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz zaniechaniu wykluczenia z postępowania oferty, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania; art. 24 ust. 1 pkt 8) Ustawy w związku z §4 ust. 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) - dalej jako „Rozporządzenie” - poprzez bezprawne przyjęcie, iż oświadczenie złożone przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. spółkę JBT AeroTech JetWay Systems z siedzibą w Ogden (USA, UT) - dalej zwanej „Wykonawcą” - czyniło zadość dokumentowi, które miałyby poświadczać niekaralność członków Zarządu spółki JBT AeroTech JetWay Systems; art. 138c ust. 1 pkt 4) Ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał, iż udział towarów w ofercie złożonej przez Odwołującego pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego z 13 kwietnia 2012 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania oraz oceny złożonych ofert; nakazanie Zamawiającemu uznania oferty Odwołującego za spełniającą wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, nakazanie uznania Zamawiającemu, iż oferta złożona przez Odwołującego w toku postępowania jest ofertą

najkorzystniejszą, z daleko idącej ostrożności wniósł o unieważnienie postępowania.

W opisie przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymóg, by udział towarów, które będą wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie był mniejszy niż 50%. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymogu Zamawiający zażądał dołączenia do oferty oświadczenia zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, potwierdzającego, że udział towarów, które będą wykorzystane do realizacji przedmiotów zamówienia, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców będzie przekraczał 50% (vide Rozdział VIII ust. 1 pkt 1.9 siwz).

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego m.in. z prośbą o udzielenie informacji, w którym państwie produkowane są oferowane przez niego rękawy lotnicze oraz w którym państwie zostaną one poddane ostatniej uzasadnionej ekonomicznie obróbce lub przetworzeniu powodującej powstanie nowego produktu lub stanowiącej istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystopowanym do tego celu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił szczegółowy udział towarów pochodzących z UE, które będą wykorzystane do montażu pojedynczego rękawa lotniczego. Z wykazu tego wynikało, iż system 400 Hz (PILLER) oraz materiały instalacyjne w postaci kabli, połączeń, narzędzi, etc. będą w całości pochodziły z państw członkowskich UE. Natomiast w przypadku lotniczych rękawów pasażerskich (CIMC TIANDA) do jego montażu zostanie użytych ponad 53% produktów pochodzących z państw członkowskich UE. Na potwierdzenie złożonych wyjaśnień, Odwołujący dołączył również oświadczenie p. Angus Yana - reprezentanta spółki Shenzhen CIMC-TianDa Airport Support Ltd (Chińska Republika Ludowa) - z którego wynika, że minimum 60% elementów Pasażerskiego Rękawa Lotniczego jest dostarczona przez producentów z UE lub producentów z krajów o wolnym obrocie handlowym z UE, które są całkowicie zgodne z odpowiednimi przepisami UE.

Zamawiający wezwał Wykonawcę JBT AeroTech Jetway Systems (Przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym) do uzupełnienia dokumentów, w tym min. zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4) - 8) Ustawy dla osób wchodzących w skład organu zarządzającego Wykonawcy (spółki JBT AeroTech Jetway Systems), zgodnie z postanowieniami Rozdziału VIII pkt 3.2. specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Zamawiający pouczył Wykonawcę, iż dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu (brak występowania przesłanki wykluczenia z Postępowania) najpóźniej na 20 lutego 2012 r. i powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożył m.in. oświadczenie, iż w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych Ameryki nie wydaje się żadnych dokumentów w stosunku do spółek poza tzw. „Annual Report. Wykonawca dołączył do pisma przewodniego oświadczenie p. Breta Romrella, z którego wynika, iż żaden z członków organu zarządzającego Wykonawcy (JBT AeroTech Jetway Systems) nie został prawnie skazany za przestępstwo i w stosunku do kadry zarządzającej Wykonawcy nie ujawniono żadnych wpisów związanych z ewentualnie popełnionymi przestępstwami.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Wykonawcę JBT AeroTech Jetway Systems oraz odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na niespełnianie wymogów siwz. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie udowodnił, iż udział towarów do wykonania przedmiotu zamówienia będzie pochodził w co najmniej 50% z państw UE lub państw, z którymi UE zawarła porozumienie o równym traktowaniu.

Odwołujący wniósł odwołanie. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest błędne i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym. Zgodnie z Rozdziałem VIII ppkt 1.9. siwz wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie obowiązani byli złożyć w trybie art. 138c ust. 1 pkt 4) Ustawy oświadczenie potwierdzające, że udział towarów, które będą wykorzystane do realizacji przedmiotów zamówienia, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców będzie przekraczał 50%.

Odwołujący zaznaczył, że nie miał innej możliwości wykazania Zamawiającemu, iż ponad 50% towarów użytych do wykonania zamówienia będzie pochodziło z państw członkowskich UE. W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia powinny być wystarczające ku temu, by stwierdzić, iż wymóg siwz został spełniony.

W zakresie oferty wykonawcy JBT AeroTech Jetway Systems Odwołujący zwrócił uwagę, że co do zasady w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość szacunkowa przenosi odpowiednie progi zamawiający obowiązani są żądać od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających brak zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Na

wypadek gdyby w miejscu zamieszkania osoby lub w państwie, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydawało się dokumentów urzędowych, wykonawca przedkłada oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Odwołujący podnosił, iż nie kwestionuje prawdziwości złożonego przez Wykonawcę oświadczenia. Oświadczenia tego, zdaniem Odwołującego, nie złożyły osoby, które obowiązane były to oświadczenie złożyć, oświadczenie o niekaralności osób fizycznych złożyła osoba, która nie była do tego uprawniona.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nawet gdyby przyjąć, iż oświadczenia o niekaralności, które de facto stanowią oświadczenie wiedzy, a nie woli, można byłoby składać przez pełnomocnika, to oświadczenie to zostało złożone przez pełnomocnika działającego w imieniu Wykonawcy, a nie osób fizycznych, których to oświadczenie dotyczy. Z tego też względu, w ocenie Odwołującego, oświadczeniu złożonemu przed notariuszem w zakresie niekaralności członków Zarządu Wykonawcy należy odmówić waloru dokumentu, który czyniłby zadość wymogom przepisów Rozporządzenia. Oświadczenie złożone przez p. Breta Romrella jest oświadczeniem bezskutecznym i jako takie nie powinno zostać uwzględnione przez Zamawiającego, co w konsekwencji powinno doprowadzić do wykluczenia Wykonawcy z Postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia złożonego w trybie art. 138c ust. 1 pkt 4) Pzp na potwierdzenie spełniania warunku, zgodnie z którym udział towarów, które będą wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia, pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców będzie przekraczał 50%. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący w dniu 12 kwietnia br. złożył wyjaśnienia, z których wynikało, że rękawy są produkowane i testowane w Chinach, z

wykorzystaniem komponentów pochodzących głównie z Unii Europejskiej. Odwołujący wskazał, że montaż komponentów rękawa oraz testy FAT (Factory Acceptance Test) nastąpi w Chinach a w Polsce jedynie montaż, instalacja i uruchomienie oraz testy SAT (Site Acceptance Test).

Zgodnie z art. 23 ust. 1 Rozporządzenia Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Celny (dalej zwane Rozporządzenie Rady), towarami pochodzącymi z danego kraju są towary całkowicie uzyskane w tym kraju. Natomiast towar, w którego produkcję zaangażowany jest więcej niż jeden kraj, jest uznawany za pochodzący z kraju, w którym został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu (art. 24 Rozporządzenie Rady). Stosownie do art. 25 Rozporządzenia Rady, przetworzenie lub obróbka, co do których zostało ustalone lub stwierdzone fakty potwierdzają przypuszczenie, że ich jedynym celem było obejście przepisów stosowanych we Wspólnocie wobec towarów z określonych państw, nie mogą być w żadnym przypadku uznane za nadające, w rozumieniu art. 24, towarom otrzymanym w ten sposób pochodzenie kraju, w którym zostały one przetworzone.

Odwołujący wskazywał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień przedstawił także wykaz głównych komponentów pasażerskiego rękawa lotniczego. W wykazie tym oprócz wyszczególnienia komponentów wskazany został kraj pochodzenia komponentów. Odwołujący argumentował, że do montażu rękawa zostanie użytych ponad 53% produktów pochodzących z państw członkowskich UE. Na potwierdzenie złożonych wyjaśnień, Odwołujący dołączył również oświadczenie p. Angusa Yana - reprezentanta spółki Shenzhen CIMC-TianDa Airport Support Ltd (Chińska Republika Ludowa) - z którego wynika, że minimum 60% elementów Pasażerskiego Rękawa Lotniczego jest dostarczona przez producentów z UE lub producentów z krajów o wolnym obrocie handlowym z UE, które są całkowicie zgodne z odpowiednimi przepisami UE. Należy jednak podnieść, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa, montaż i uruchomienie 7 sztuk lotniczych rękawów pasażerskich, nie zaś poszczególne komponenty tych rękawów. Jak wynika wprost z przytoczonych powyżej przepisów Wspólnotowego Kodeksu Cywilnego, nie jest istotne, z jakiego kraju pochodzą komponenty, elementy określonego urządzenia, ale w jakim kraju oferowany towar został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu.

Skoro więc Odwołujący wprost oświadczył, że montaż najważniejszych komponentów, z których powstanie produkt – rękaw lotniczy będzie miał miejsce w Chinach, to oznacza, że ostatnia istotna, ekonomicznie uzasadniona obróbka lub przetworzenie, które powoduje wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie

przystosowanym do tego celu, w przypadku rękawów zaoferowanych przez Odwołującego, będzie miała miejsce w Chinach. Zatem miejscem pochodzenia tych rękawów będą Chiny. Izba podziela także stanowisko, iż czynność montażu, instalacji uruchomienia w Polsce zaoferowanych przez Odwołującego rękawów nie może zostać uznana za czynność decydującą o pochodzeniu rękawów, gdyż z technicznego punktu widzenia nie stanowi ona decydującego stadium produkcji (decydujące stadium produkcji odbędzie się w Chinach, tam też wykonane zostaną testy FAT).

W świetle powyższego Zamawiający prawidłowo uznał, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III 1.4) ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do którego „oferta złożona przez Wykonawcę winna posiadać udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie mniejszy niż 50 %”. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu, tym samym zarzuty podniesione przez Odwołującego w zakresie odrzucenia złożonej przez niego oferty nie znajdują uzasadnienia.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący podnieśli w niniejszym postępowaniu, iż Odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutów dotyczących oferty Przystępującego, który zaoferował cenę wyższą niż cena zaoferowana przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego jak i Przystępującego Odwołujący nie posiada również interesu w kwestionowaniu ofert złożonych przez innych wykonawców, które ma na celu doprowadzenie do unieważnienia postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wbrew stanowisku Zamawiającego i Przystępującego Izba uznała, iż Odwołujący w niniejszym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia uzasadniający podnoszenie zarzutów, także względem oferty Przystępującego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, co oznacza, iż nie doszło do oceny tej oferty. Nie nastąpiła zatem ocena ofert z udziałem oferty Odwołującego, tym samym na tym etapie postępowania nie można wprost stwierdzić, jaką pozycję w rankingu zajęłaby oferta Odwołującego, gdyby doszło do oceny jego oferty. W konsekwencji, nie można uznać, aby Odwołujący nie mógł podnosić zarzutów wobec innych ofert w postępowaniu, które stanowią oferty konkurencyjne.

Ponadto Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym pojęcie „interesu prawnego” powinno być rozpatrywane w kontekście uregulowań prawa wspólnotowego. Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego”. Potwierdza to również orzecznictwo ETS, który wskazuje, że na podstawie art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, państwa członkowskie

zapewniają, że ustanowione przez nie procedury odwoławcze dostępne są „co najmniej” każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego lub w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowych przepisów wykonujących to prawo.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego względem oferty wykonawcy JBT AeroTech Jetway Systems Izba stwierdziła, iż zgodnie z treścią §4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów – zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę.

Nie można powiedzieć, aby §4 ust. 3 wprost nakazywał konieczność złożenia oświadczenia w zakresie niekaralności przez każdego z członków organu zarządzającego. Nie wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu. Rozporządzenie nie precyzuje, kto ma złożyć takie oświadczenie, a wszelkie wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy. Izba uznała, że Odwołujący nie zaprzeczył w sposób skuteczny, że którykolwiek z członków organu zarządzającego wykonawcy JBT AeroTech Jetway Systems nie był skazany za przestępstwo.

Zgodnie z § 2 wyżej wymienionego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów Zamawiający może żądać od wykonawców (w celu wykazania przez nich braku podstaw do wykluczenia) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Zatem Prawo zamówień publicznych zna instytucję, która pozwalałaby złożyć oświadczenie dotyczące sytuacji osób trzecich.

Tym samym Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy JBT AeroTech Jetway Systems.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....