

**Sygn. akt KIO 922/10**

**WYROK**  
**z dnia 1 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 maja 2010 r. przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:  
**1. Torpol Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „BUDPOL” S.A., 3. HIDROELEKTRA NISKOGRADNJA d.d., adres dla pełnomocnika: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony

przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**  
stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę linii tramwajowej z centrum miasta do dworca kolejowego Bydgoszcz Główna z rozbudową ulic Marszałka Focha, Naruszewicza, Dworcowej i Zygmunta Augusta w Bydgoszczy*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 lutego 2010 r. pod numerem 2010/S 26-036983.

Dnia 7 maja 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazując m.in., iż z postępowania wykluczony został wykonawca STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca STRABAG i dnia 17 maja 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu z postępowania Spółki STRABAG sp. z o.o, pomimo że nie zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego z przetargu.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 7 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że STRABAG Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. art. 26 ust. 2b Ustawy poprzez uznanie, że Wykonawcy na potwierdzenie dysponowania zasobami podmiotów trzecich niezbędnych do realizacji zamówienia muszą przedstawić Zamawiającemu wyłącznie oryginał pisemnego zobowiązania tych podmiotów.

Odwołujący żądał:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu z postępowania STRABAG Sp. z o.o.;

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku STRABAG Sp. z o.o. oraz w konsekwencji o zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Uzasadniając wskazał, co następuje.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający uznał, że jedynie w przypadku przedłożenia do wniosku oryginału dokumentu pisemnego zobowiązania, Wykonawca potwierdzi spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego przedstawienie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem nie spełnia stawianego w Ustawie Pzp wymogu formy pisemnej.

Odwołujący nie podzielił tego stanowiska, bowiem, jego zdaniem jest one sprzeczne z racjonalnym prowadzeniem postępowania przetargowego, oraz w sposób oczywisty stoi w sprzeczności z celem wprowadzenia zmian w Ustawie Pzp oraz rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 roku.

W rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. - zostały wskazane w sposób wyczerpujący wszystkie dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia oraz formy składania w/w dokumentów Zamawiającemu.

Zgodnie z § 6 ust. 1 powołanego rozporządzenia - dokumenty składane we wniosku/ofercie mogą być przedłożone Zamawiającemu w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku wszystkich dokumentów, przedstawianych przez Wykonawcę w celu wykazania spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 Ustawy Pzp oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia go z postępowania - dopuszczalne jest złożenie przez Wykonawcę dokumentów w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Przyjmując interpretację Zamawiającego, to jest, iż art. 26 ust. 2b Ustawy wyłącza możliwość złożenia dokumenty poświadczonego za zgodność z oryginałem - należałoby uznać, że w zamówieniach publicznych istnieje dokument (pisemne zobowiązanie), który jako jedyny z wszystkich pozostałych, które może żądać od Wykonawcy Zamawiający musi mieć szczególną, kwalifikowaną formę - dokumentu przedłożonego Zamawiającemu w oryginale.

W ocenie Odwołującego, taka interpretacja jest sprzeczna z zasadami racjonalnego ustawodawcy, i jest niezgodna z celem wprowadzenia art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp, to jest umożliwienia korzystania z zasobów podmiotów trzecich szerszej grupie Wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 30 kwietnia 2010 r. złożył do Zamawiającego wniosek o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów w związku z trudnościami technicznymi, polegającymi na konieczności dostarczenia oryginału wyżej wymienionego oświadczenia z Republiki Federalnej Niemiec. Zamawiający nie odpowiedział na wniosek Wykonawcy, a w dniu 7 maja 2010 r. przesłał do Wykonawców informację o wykluczeniu z postępowania między innymi Odwołującego.

Odwołujący, działając z należytą starannością, zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu jeszcze przed upływem okresu na uzupełnienie dokumentów. Co istotne, Odwołujący w dniu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, posiadał pisemne zobowiązanie Spółki STRABAG RAIL GmbH oraz oświadczenie, i na dzień składania wniosku spełniał wymagania Zamawiającego.

Ponadto Wykonawca uzupełnił w oryginale dokumenty, których żądał od niego Zamawiający w piśmie z dnia 4 maja 2010 roku.

Zatem Zamawiający w dniu 7 maja 2010 r. dokonując wykluczenia z postępowania Odwołującego, posiadał w oryginale żądane dokumenty i posiadał wszelkie dane, aby stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający dysponował wszystkimi dokumentacją wymaganymi w Ogłoszeniu o Zamówieniu, nawet przyjmując restrykcyjną interpretację zapisu art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp, nie miał podstaw, aby w dniu 7 maja 2010 r. dokonać wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, Odwołujący podnosi również, że Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 7 Ustawy PZP, poprzez złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również na interes w złożeniu niniejszego odwołania.

STRABAG Sp. z o.o. zamierzało złożyć w przedmiotowym postępowaniu ofertę i ubiegać się o pozyskanie przedmiotowego zamówienia do realizacji. W związku z niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania, STRABAG Sp. z o.o. straciła możliwość złożenia swojej oferty i wykonania przedmiotowego zadania.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu, w dniu 17 maja 2010 roku.

Dnia 18 maja 2010 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 21 maja 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Torpol Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „BUDPOL” S.A., 3. HIDROELEKTRA NISKOGRADNJA d.d., adres dla pełnomocnika: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcę do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź na odwołanie została wniesiona w dniu 26 maja 2010 roku.

Odwołujący potwierdził fakt otrzymania odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza popiera stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, a dodatkowo wskazuje, co następuje.

Przepis art. 26 ust. 2b stanowi, cyt. *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*

Ustawodawca, w celu udowodnienia Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego.

Przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny stanowi, iż *Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...).* § 2 *Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.*

Tym samym kwestie interpretacyjne obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko Odwołującego w powyższej kwestii uznać należy za chybione.

Jeżeli zaś chodzi o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), to przepis § 6 ust. 1 jasno wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie

odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja dokonana przez Odwoływającego, że przepis rangi rozporządzenia może zmieniać przepisy rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż rozporządzenie.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy w/w rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów.

Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, które chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może Zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Obowiązek prawny nałożony na wykonawcę przedstawienia Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, który będzie udostępniał zasoby wykonawcy, ma zabezpieczać Zamawiającego i interes publiczny przed działaniami wykonawców, którzy z naruszeniem prawa chcieliby uzyskać zamówienie.

Odnosnie zarzutu nie przedłużenia terminu uzupełnienia dokumentów, Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny.

Odwoływający się, już od chwili upublicznienia przez Zamawiającego zamiaru zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 6 lutego 2010 roku, wiedział, jakiego rodzaju dokumentów i w jakiej formie Zamawiający będzie wymagał.

Odwoływający, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, z pełną świadomością swoich działań bądź też zaniechań i konsekwencjami tych zachowań winien na etapie przygotowywania wniosku skompletować wszystkiego rodzaju dokumenty, aby



uniknąć negatywnych konsekwencji swojego niewłaściwego działania, zwłaszcza pod kątem przyszłych ewentualnych zarzutów ze strony Zamawiającego. Nie było żadną tajemnicą, że aby wniosek przeszedł prawidłową kwalifikację wymogi ogłoszenia muszą być spełnione pod każdym, postawionym w ogłoszeniu, parametrem.

Ponadto Zamawiający, wyznaczył odpowiednio długi czas na uzupełnienie dokumentów – przeszło 7 dni – stąd Odwołujący nie może stawiać zarzutu nierównego traktowania w odniesieniu do innych wykonawców.

Brak odpowiedzi Zamawiającego, bądź też (hipotetycznie) brak zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, oczywiście przy założeniu, że pierwotnie wyznaczony termin nie był zbyt krótki, nie może w konsekwencji stanowić podstawy do stawiania zarzutów Zamawiającemu. Bowiern to wykonawca, zgłaszający swoje zainteresowanie uzyskaniem zamówienia publicznego musi dołożyć wszelkich starań, aby spełnić oczekiwania Zamawiającego. W przypadku przedmiotowego zamówienia, pierwszym etapem selekcji, było spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tzw. warunków podmiotowych. Gdyby zaś powyższa sytuacja zaistniała w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego to Odwołujący zagrożony byłby zatrzymaniem wadium w trybie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Bez znaczenia pozostaje również stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu z postępowania był w posiadaniu wymaganych dokumentów – w oryginale.

Fakty ustalone przez Izbę:

- 1) termin złożenia uzupełnionych dokumentów upływał w dniu 30 kwietnia 2010 roku,
- 2) uzupełnione dokumenty wpłynęły do siedziby Zamawiającego w dniu 4 maja 2010 roku,
- 3) decyzja o wykluczeniu wykonawcy Odwołującego się 7 maja 2010 roku.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, mimo licznych nowelizacji Prawa zamówień publicznych, charakteryzuje się znacznym formalizmem i rygoryzmem.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi o konieczności, obligatoryjnym obowiązku Zamawiającego, wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jedyną szansą, na podjęcie próby uniknięcia sankcji z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest prawidłowe uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, bądź też wyjaśnienie ich treści w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

„Koło ratunkowe” dopuszczone przez ustawodawcę ma jednak swoje ograniczenia. Jednym z podstawowych ograniczeń jest możliwość jednokrotnego wzywania wykonawców do

uzupełnienia dokumentów. W ocenie Izby, przedłużenie terminu na złożenie uzupełnianych dokumentów nie stanowi o więcej niż jednokrotnym wezwaniu do ich uzupełnienia. Jednakże, w celu zachowania zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający obowiązany jest wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia – wykonawców - traktować jednakowo, tj. winien wszystkim w jednym czasie przekazać informację o zmianie takiego terminu. Sama czynność, to jednak suwerenna decyzja Zamawiającego, którą podejmuje po analizie stanu faktycznego sprawy, zaistniałego w danej chwili, wyważając „za” i „przeciw”, przy ocenie swojego stanowiska.

Niemniej, w przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do przychylenia się do stanowiska Odwołującego, gdyż tak jak to zostało stwierdzone wcześniej, miał on dostatecznie dużo czasu na przygotowanie się do postępowania.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....