

Sygn. akt: KIO/1732/10

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.08.2010 r.** przez wykonawcę „**Polską Telefonię Komórkową – Centertel**” Sp. z o.o., ul. **Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** odwołania, od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego „**Polską Telefonię Komórkową – Centertel**” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa** na rzecz odwołującego „**Polską Telefonię Komórkową – Centertel**” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-156 Warszawa – wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie dla NIK usług telefonii komórkowej i usług przesyłu danych przez okres 48 miesięcy wraz z dostawą sprzętu do ich świadczenia«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778, a po opublikowaniu tekstu jednolitego – Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

03.06.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 106-161352.

03.08.2010 r. zamawiający zawiadomił:

- 1) o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa;
- 2) o tym, że wykonawca PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 02-230 Warszawa, złożył ważną ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

13.08.2010 r. wykonawca PTK Centertel wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) ocenę ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty PTC;
- 2) zaniechanie wezwania wykonawcy PTC do uzupełniania dokumentu dotyczącego braku karalności członka organu zarządzającego pana Michaela W;
- 3) zaniechanie wykluczenia wykonawcy PTC.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 Pzp oraz § 2 ust. 2 *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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)*, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez przyjęcie, że wykonawca PTC wykazał, że pan Michael W nie jest karany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, podczas gdy w celu wykazania tej okoliczności wykonawca obowiązany był do przedstawienia zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczącego niekaralności tej osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp, wystawionego nie

wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób;

- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełniania dokumentu, o którym mowa w punkcie poprzedzającym.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wezwanie PTC do przedstawienia zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczącego niekaralności pana Michaela W w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób;
- 3) w przypadku niezpełnienia dokumentu, o którym mowa w punkcie poprzedzającym, wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Argumentacja odwołującego

Z dokumentów dołączonych do oferty PTC wynika, że obecny stan wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym nie odzwierciedla rzeczywistego stanu rzeczy w odniesieniu do tej spółki, nie ulega natomiast wątpliwości, że skład zarządu ustalony powinien zostać na podstawie uchwał właściwego organu (Rady Nadzorczej).

Do oferty dołączona została uchwała Rady Nadzorczej z 23 kwietnia 2010 r. o powołaniu pana Michaela W do Zarządu PTC. W związku z tym zgodnie pkt 7.4 i 7.5 specyfikacji wykonawca ten obowiązany był dołączyć do oferty dokument potwierdzający brak karalności pana Michaela W, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Do oferty PTC dołączona jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego z 12 maja 2010 r., z której wynika, że pan Michael W mieszka w Niemczech. Podane miejsce zamieszkania zostało potwierdzone również we wniosku do Sądu z 26 kwietnia 2010 r. o dokonanie zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym oraz dołączonym do niego oświadczeniu o miejscu zamieszkania.

W związku z ustaleniem, że pan Michael W ma miejsce zamieszkania poza terytorium RP zamawiający zobowiązany był wymagać dokumentu określonego w § 2 ust. 2

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 oraz pkt 7.5 specyfikacji. Zgodnie z § 2 ust. 2 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, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, gdy osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Mając na względzie powyższy przepis, przedstawienie informacji z KRK w odniesieniu do pana W powinno skutkować wezwaniem PTC do uzupełnienia tego dokumentu, a w przypadku jego nieuzupełnienia, wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp.

13.08.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

16.08.2010 r. (poniedziałek) zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

19.08.2010 r. wykonawca **PTK Centertel** złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika

postępowania zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez uczestnika postępowania – dowód nr 1 tłumaczenie niemieckiej ustawy o obowiązku meldunkowym, jako dowód istnienia obowiązku meldunkowego w RFN; dowód numer 2 dokument wzoru podpisu pana Jacques De G na poparcie faktu, że miejscem zamieszkania pana De G jest Republika Francuska; dowód nr 3 – wyciąg z kodeksu cywilnego francuskiego art. 102 do 111 na dowód braku obowiązku meldunkowego we Francji oraz dowód nr 4 wyciąg z specyfikacji – załącznik nr 3a wraz ze stronami 98 i 99 oferty odwołującego na poparcie tezy, że odwołujący nie wykazał informacji o antenie zewnętrznej oferowanego modemu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty i zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, a w tym oferty odwołującego. W przypadku odrzucenia oferty, która została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, oferta odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Przepis art. 179 ust. 1 Pzp brzmi: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”.

W zakresie zarzutu pierwszego i drugiego – ocenę ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty PTC mimo zaniechania wezwania wykonawcy PTC do uzupełniania dokumentu dotyczącego braku karalności członka organu zarządzającego pana Michaela Wi – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Nie jest kwestią sporną między stronami, że w skład zarządu wykonawcy PTC wchodzi pan Michael W. Na str. 162 oferty wykonawcy PTC została zamieszczona kopia oświadczenia wykonawcy skierowanego do KRS na podstawie art. 166 § 1 pkt 5 w zw. z art. 168 Ksh, w którym to oświadczeniu zamawiający podaje adresy zamieszkania członków zarządu, a w tym pana Michaela W i adresem jego zamieszkania jest miejscowość w Niemczech. Również na str. 194 w oferty wykonawcy PTC zostało zamieszczone zaświadczenie KRK o karalności członka organu zarządzającego tego wykonawcy. W ust. 10 zaświadczenia z KRK pod nazwą „**Miejsce zamieszkania**” został wskazany konkretny adres osoby, której zaświadczenie dotyczy, cyt. „[...]strasse [...], Germany”. Natomiast nigdzie w

ofercie wykonawcy PTC nie figuruje inne miejsce zamieszkania, a zwłaszcza znajdujące się na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej.

Zamawiający przyjął, że zaświadczenie z KRK spełnia przesłanki określone w § 2 ust. 1 pkt 5 *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*.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 5 *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* brzmi: W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: (5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;”.

Jednak w zaświadczeniu znajduje się jednoznaczne określenie gdzie jest miejsce zamieszkania osoby, której zaświadczenie dotyczy – Germany – i wobec tego zamawiający powinien wymagać od takiego wykonawcy złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 2 *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*. Przepis ten stanowi, aby wykonawca – w odniesieniu do osób będących urzędującymi członkami zarządu i mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – składał zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp. Zaświadczenie nie może być wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Przepis § 2 ust. 2 *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* brzmi: „Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o

udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób”.

Nie było przedmiotem sporu, że w Niemczech takim organem jest – Federalny Rejestr Karny. Podobnie nie było przedmiotem sporu, że zakres przedmiotowy wydawanych przez FRK zaświadczeń jest podobny do zakresu zaświadczeń Krajowego Rejestru Karnego. Dlatego wykonawca powinien złożyć do oferty odpowiednie zaświadczenie z Niemiec, z Federalnego Rejestru Karnego, a w przypadku braku takiego zaświadczenia w ofercie zamawiający był obowiązany zastosować instytucję uzupełniania dokumentów, która nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi: „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie może tłumaczyć swojego zaniechania wezwania wykonawcy, który nie złożył w odpowiednim terminie wymaganych przez zamawiającego dokumentów, tym że wykonawca miałby nadmierne trudności w dostarczeniu wymaganego dokumentu spoza granic Rzeczypospolitej. Wyrównaniu uwarunkowań między wykonawcami służy dosyć długi termin, jaki musi upłynąć między datą opublikowania ogłoszenia i datą składania ofert. W tym czasie wykonawca powinien właściwie przygotować swoją ofertę tak w zakresie merytorycznym, jak i formalnym. Art. 26 ust. 3 Pzp nie jest głównie skierowany na umożliwienie wykonawcom na uzyskanie nowych zaświadczeń, ale przede wszystkim jest skierowany na umożliwienie uzupełnienia oferty o zaświadczenia, które nie zostały dołączone do oferty. Świadczy o tym treść art. 26 ust. 3 zdanie 2 Pzp (przytoczone powyżej),

gdzie widnieje wyraźne wskazanie, aby dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Kwestionowane miejsce zamieszkania zostało wskazane w dwóch miejscach oferty, w zaświadczeniu z KRK, na str. 194 oferty wykonawcy PTC oraz na str. 162 tej oferty i nigdzie więcej. Są to Niemcy (Germany). Dlatego zamawiający nie ma podstaw do dokonywania rozważań nad definicją miejsca zamieszkania i nie może przyjąć, zgodnie z zawartymi w ofercie dokumentami, że miejscem zamieszkania pana Michaela W jest Polska i wobec tego nie może przyjąć za w pełni spełniające odpowiedni warunek zaświadczenie z polskiego Krajowego Rejestru Karnego (KRK). Przedmiotem badania oferty są wszystkie znajdujące się w niej oświadczenia i dokumenty oraz ich treści i zamawiający musi, zgodnie z art. 20 ust. 1 Pzp najpierw ocenić spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w tym dokonać sprawdzenia miejsc zamieszkania wykazanych w ofercie osób, chociaż zwykle dzieje się to niemal automatycznie, ale ocena musi być oparta na właściwych dokumentach oferty, żądanych przez zamawiającego zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp lub uzupełnień dokonanych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Samodzielnie zamawiający nie śledzi miejsca zamieszkania ani przestępstw popełnionych przez wskazane osoby, ale opiera się w tym względzie na zaświadczeniu odpowiedniej instytucji. W Polsce jest nią KRK dla osób mających miejsce zamieszkania w Polsce, w Niemczech FRK dla osób mających miejsce zamieszkania w Niemczech.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp brzmi:

„W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”.

Również zamawiający nie może tłumaczyć swojego zaniechania wezwania wykonawcy, który nie złożył w odpowiednim terminie wymaganych przez zamawiającego dokumentów, tym że między ofertami jest nawet największa różnica cen, gdyż zamawiający musi najpierw dokonać czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, następnie dokonać badania (merytorycznego) ofert i dopiero wtedy dokonać oceny ofert. O kolejności tej stanowi zwłaszcza art. 20 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 20 ust. 1 Pzp brzmi: „Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert”.

Skład orzekający Izby ponadto stwierdza, że wartość zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu jest nie mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, czyli nie mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 125.000 euro [479 875 PLN] – dla dostaw lub usług, a więc na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający ma bezwzględny obowiązek żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 1 Pzp brzmi: „Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”.

Dlatego zamawiający w żadnym przypadku nie może zaniechać stawiania warunku i udokumentowania przez wykonawców spełnienia tego warunku. Ponadto zamawiający w żadnym przypadku nie może zrezygnować z egzekwowania spełnienia określonych w specyfikacji warunków oraz udokumentowania tego przez każdego z wykonawców, a szczególnie przez jednego z wykonawców, który ma trudności w uzyskaniu odpowiednich dokumentów, gdyż takie różne traktowanie wykonawców byłoby złamaniem zasady równego traktowania wykonawców, która to zasada jest unormowana w art. 7 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Również samo miejsce pracy danej osoby nie może przesądzać o jej miejscu zamieszkania w przypadku, gdy z innych przesłanek – w szczególności z pisemnego określenia miejsca zamieszkania – wynika co innego, gdyż określenia miejsca zamieszkania jest określeniem dalece bardziej skomplikowanym, choć tylko jednym lakonicznym zdaniem zdefiniowanym w art. 25 Kodeksu cywilnego.

Przepis art. 25 Kc brzmi: „Miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu”.

W końcu skład orzekający Izby stwierdza, że nie można przychylić się do poglądu, że wykonawca nie składa oświadczeń o miejscu zamieszkania, a sam wniosek złożony do polskiego KRK („Zapytanie o udzielenie informacji o osobie”) jest oświadczeniem o miejscu zamieszkania. Ust. 10 Zapytanie o udzielenie informacji o osobie wyraźnie wskazuje na miejsce zamieszkania i na str. 194 oferty wykonawcy PTC figuruje informacja, że miejscem zamieszkania pana Michaela W są Niemcy.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PTC na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp, mimo że w rozpoznawanym stanie zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że wykonawca PTC nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Z przytoczonych wyżej powodów zarzuty pierwszy i drugi odwołującego są popierane przez skład orzekający Izby.

W zakresie zarzutu trzeciego – zaniechania wykluczenia wykonawcy PTC – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Jak wyżej wskazano, zamawiający natykając się w ofercie na brak dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp jest obowiązany wezwać takiego wykonawcę do uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Dopiero gdy wezwany wykonawca nie uzupełni kwestionowanego dokumentu zostaje wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 4 Pzp brzmi: „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

W związku z obowiązkiem wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający musi dokonać tej czynności i dopiero zależnie od reakcji wezwanego wykonawcy, zamawiający będzie mógł wykluczyć wykonawcę albo badać i ocenić jego ofertę. Wobec braku wiedzy w zakresie przyszłego zachowania się wezwanego wykonawcy, zamawiający nie może już wykluczyć tego wykonawcy i nie można zamawiającemu stawiać zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy.

Z przytoczonych wyżej powodów trzeci zarzut odwołującego nie może być popierany przez skład orzekający Izby.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1 Pzp oraz § 2 ust. 2 *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.*

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że dowód nr 1 – tłumaczenie fragmentu niemieckiej ustawy o obowiązku meldunkowym nie wносиło do sprawy żadnych nowych elementów, gdyż nie wskazywało, że miejscem zamieszkania pana Michaela W jest inne państwo niż Republika Federalna Niemiec. Natomiast dowody nr 2-4 miały wykazać zasadność zarzutów uczestnika postępowania do oferty odwołującego. Jednak zarzuty te nie były zawarte w odwołaniu, a zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przepis art. 192 ust. 7 brzmi: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....