

Sygn. akt: KIO/UZP 1128/08

WYROK

z dnia 31 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Kuciak**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Pasowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPUiH „BUDOIMPEX” Jacek Pasowicz, 39-218 Straszęcin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe, ul. Ogrodowa 4, 39-200 Dębica** protestu z dnia 17 września 2008 r.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Jacka Pasowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPUiH „BUDOIMPEX” Jacek Pasowicz, 39-218 Straszęcin** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jacka Pasowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPUiH „BUDOIMPEX” Jacek Pasowicz, 39-218 Straszęcin;**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jacka Pasowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPUiH „BUDOIMPEX” Jacek Pasowicz, 39-218 Straszęcin.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Dębicki, Dębica – wszczął postępowanie pn. „Rozbudowa Zespołu Szkół Ekonomicznych w Dębicy”. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 20.06.2008 r., poz. 136 470.

11.07.2008 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert – zostały złożone 2 oferty:

- 1) PPHiU PESAM, J. Mytnik, A. Stusowicz, J. Połec Sp.j., Dębica – z ceną 2 342 017,05 zł;
- 2) PPHiU BUDOIMPEX, Straszęcin – z ceną 2 190 955,13 zł.

11.07.2008 r. Zamawiający zażądał od Wykonawcy BUDOIMPEX cyt. „przedłożenia [...] oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii opinii Banku [] o zdolności kredytowej do zaciągnięcia [...] kredytu w wysokości 1 500 000,00 zł.” dokumentu potwierdzenia zdolności kredytowej na 1 500 000 zł, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

17.07.2008 r. (pismo z 16.07.2008 r.) Odwołujący poinformował o złożeniu oryginału opinii bankowej i złożył oryginał opinii z 04.07.2008 r., jednak nie był to oryginał opinii, której kopię załączył do oferty, mimo że data wystawienia obu tych dokumentów była taka sama – 04.07.2008 r.

28.07.2008 r. Zamawiający wezwał o dostarczenie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii opinii Banku, zgodnie z § 4 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* oraz innych dokumentów lub ich kopii, bez przytaczania podstawy prawnej i do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny jednej z pozycji kosztorysowych, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, oraz złożenia oświadczenia odnośnie podwykonawców. Wykonawca miał spełnić wezwanie do 30.07.2008 r. W rozpatrywanym zakresie, powodem do wezwania było to, że Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie przedstawił 17.07.2008 r. żądanego oryginału pisma, ale złożył inny dokument.

29.07.2008 r. Wykonawca BUDOIMPEX złożył wyjaśnienia, z których wynika, że Zamawiający powinien wziąć pod uwagę dokument złożony 17.07.2008 r. a nie żądać ponownie oryginału dokumentu złożonego z ofertą.

11.09.2008 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty PPHiU PESAM oraz o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy PPHiU BUDOIMPEX i o odrzuceniu jego oferty.

Przyczyną wykluczenia jest wątpliwość do prawdziwości kopii opinii z 04.07.2008 r. Banku Polska Kasa Opieki S.A. Oddział w Dębicy. Zamawiający zgodnie z § 4 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wezwał do przedstawienia oryginału dokumentu. Zamawiający stwierdził niezgodność treści podpisów oraz treści oryginału dokumentu i kopii załączonej do oferty.

Następnie, 28.07.2008 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia kontrowersyjnego dokumentu, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, a Wykonawca BUDOIMPEX nie złożył w wymaganym terminie uzupełnienia, a jedynie poinformował o niemożliwości złożenia tego dokumentu w wyznaczonym terminie.

Bank, poinformowany o sprawie, złożył do właściwych organów zawiadomienie o podejrzeniu o popełnienia przestępstwa.

Zamawiający wykluczył Wykonawcę BUDOIMPEX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz uznał ofertę tego Wykonawcy BUDOIMPEX za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

17.09.2008 r. Wykonawca BUDOIMPEX złożył protest na jego wykluczenie z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą.

Protestujący BUDOIMPEX wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy, gdyż postępowanie w sprawie podejrzenia popełnienia przestępstwa podrobienia dokumentu złożonego w postępowaniu znajduje się na etapie wstępnym.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją”, nie żądał informacji w zakresie ewentualnych zajęć komorniczych na koncie oferentów, co w konsekwencji powoduje, że dane, znajdujące się w treści opinii bankowej złożonej wraz z ofertą w tym zakresie, były nieistotne dla rozstrzygnięcia przetargu.

Wykonawca został wezwany do złożenia kolejnej opinii i zastosował się do tego żądania w wyznaczonym terminie. Przedmiotem oceny może być zatem tylko opinia przedstawiona po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie nakładają na uczestników postępowania przetargowego obowiązku składania jakichkolwiek dokumentów w oryginale, jeśli w prawidłowy sposób zostały potwierdzone za zgodność przez wykonawcę.

Z wezwania z 28 lipca 2008 r. do uzupełnienia dokumentów wynika zarzut, że zaświadczenie złożone przez Wykonawcę 17.07.2008 r. nie jest „oryginałem kopii dołączonej do oferty złożonej w postępowaniu przetargowym”.

Nie było możliwe i potrzebne ani złożenie oryginału zaświadczenia opisanego w wezwaniu z 11.07.2008 r., ani też potwierdzonej notarialnie kopii tego dokumentu.

Przyczyną tej niemożności, było to, że w chwili wezwania Wykonawca nie dysponował już oryginałem dokumentu, albowiem został on złożony w innej ofercie, do innego przetargu.

To dlatego w wykonaniu wezwania z 11.07.2008 r., Wykonawca złożył 17.07.2008 r. oryginał innego zaświadczenia, gdyż Wykonawca nie posiadał już w tym czasie oryginału opinii, której potwierdzona kopia została załączona do oferty.

W zaistniałej sytuacji żądanie złożenia oryginału opinii bankowej, której kopia została załączona do oferty, nie znajdowało podstaw w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza w przepisach, które zostały powołane w piśmie z 28.07.2008 r. oraz w postanowieniach specyfikacji.

§ 4. ust. 1 powołanego rozporządzenia stanowi, że „dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”. I tak Wykonawca postąpił. Z kolei § 4 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi, że „Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonych kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.”.

Wykonawca stwierdza, że Zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, a żądania zamawiającego w tym zakresie ogranicza dyspozycja art. 26 Pzp oraz specyfikacja.

Jeżeli zamawiający nie doprecyzował w specyfikacji warunków udziału w postępowaniu, poza ich katalog wynikający z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, pozostawiając je w blankietowej postaci określonej w art. 22 i art. 24 Pzp lub § 1 ust. 1-3 powołanego rozporządzenia, to nie może żądać złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania innych warunków, gdyż do weryfikacji ich spełniania wystarcza oświadczenie.

Treść punktu V.9 specyfikacji stanowi dosłowne powtórzenie treści § 1 ust. 3 pkt 2 przytaczanego rozporządzenia. Wynika z niego obowiązek złożenia wraz z ofertą informacji potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, zgodnie z punktem VI 6 specyfikacji, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Warunek ten spełniała potwierdzona za zgodność kopia opinii bankowej, złożona wraz z ofertą, jak i oryginał kolejnej opinii złożony w 17.07.2008 r.

Wykonawca powinienem wraz z wezwaniem zostać poinformowany przez Zamawiającego, któremu z warunków, postawionemu w punkcie V.9 specyfikacji nie odpowiadają złożone przez Wykonawcę opinie bankowe, a to zwłaszcza dlatego, że w obu opiniach Bank potwierdził możliwość udzielenia kredytu do wysokości trzykrotnie przewyższającej warunek przewidziany w punkcie VI.6 specyfikacji.

Uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że złożone przez Wykonawcę opinie bankowe nie są ani nieczytelne, ani ich treść co do tych okoliczności, które wskazane zostały w punkcie V.9 specyfikacji, nie budzą wątpliwości co do ich prawdziwości, gdyż ich treść jest taka sama w obu dokumentach.

W tej sytuacji Starosta Powiatu Dębickiego w sposób ewidentny wykroczył poza zakres umocowania do żądania uzupełnienia dokumentów, ustanowiony dyspozycją art. 26 Pzp, z którego wynika, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania.

Dokonana w kwietniu 2007 r. nowelizacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przesądziła definitywnie, że dokumenty przedstawione przez wykonawców w wyniku wezwania ich do uzupełnienia, powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymagań zamawiającego, w dniu wyznaczonym przez zamawiającego, jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów, w tym dokumentów uzupełnianych, wynika, że Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego jako termin na ich uzupełnienie. W tym kontekście nie ma znaczenia, iż

dokumenty, które fakt ten potwierdzają, wystawione są lub zostały złożone Zamawiającemu po dacie składania ofert.

W tych okolicznościach ponowne żądanie przedstawienia oryginału lub potwierdzonej notarialnie kopii opinii bankowej załączonej do złożonej oferty, było pod każdym względem niedopuszczalne, co nie zmienia faktu, że mimo to Wykonawca żądanie to wypełnił.

Złożenie zawiadomienia o przestępstwie, z którego Starosta Dębicki bezprawnie wywiódł wnioski mające rzekomo uzasadniać twierdzenie o złożeniu przez Wykonawcę nierzetelnej opinii bankowej niczego nie przesądziło, a złożona po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów kolejna opinia żadnych wątpliwości co do autentyczności budzić nie może.

Skoro wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów odnosi ten skutek, że rozstrzygające znaczenie mają dokumenty złożone w ramach uzupełnienia, to decyzja rozstrzygająca przetarg jest całkowicie niesłuszna i bezprawna.

26.09.2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości podając że:

Wykonawca BUDOIMPEX błędnie założył, że w piśmie z 11.07.2008 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W tym piśmie Zamawiający wyraźnie wskazał na art. 26, ust. 4 Pzp jako podstawę prawną, która obliuguje Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów a nie do ich uzupełnienia pod rygorem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, który stanowi o wykluczeniu wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 60/08) fakt złożenia nieprawdziwych informacji można ustalić opierając się na innych źródłach niż dokumenty załączone do oferty. Złożenie fałszywego oświadczenia jest uchybieniem, którego nie da się naprawić w toku postępowania. Wykonawca nie może fałszywych informacji zastąpić prawdziwymi.

Zamawiający podjął postępowanie sprawdzające, w wyniku którego ustalił, że Wykonawca BUDOIMPEX złożył nieprawdziwe informacje w dokumencie załączonym do oferty, co stanowi podstawę do jego wykluczenia, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

01.10.2008 r. (pismo z 29.09.2008 r.) Wykonawca BUDOIMPEX złożył odwołanie. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał te same zarzuty co w proteście twierdząc, że:

Zamawiający niewłaściwie zastosował przepisy dotyczące wykluczenia. Aby wykluczyć wykonawcę muszą być spełnione obie przesłanki (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp) nieprawdziwe informacje i ich wpływ na wynik postępowania, co musi być rozpatrywane pod kątem postanowień specyfikacji.

Żądana opinia bankowa miała jedynie potwierdzić wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową. Kwestia obciążenia rachunku tytułami egzekucyjnymi nie była wymagana w części V ust. 9 specyfikacji.

Zamawiający nie udowodnił, że Odwołujący świadomie i celowo złożył dokument z nieprawdziwymi informacjami. Natomiast Odwołujący złożył z ofertą kopię opinii, jaką otrzymał z Banku. Oryginał opinii został złożony w innym postępowaniu i nie można obecnie nim dysponować.

Na żądanie Zamawiającego z 11.07.2008 r., Odwołujący uzyskał nową opinię z Banku i złożył ją w wyznaczonym terminie, co powinno zakończyć czynność składania dokumentów do badania ofert.

29.07.2008 r. Odwołujący obszernie i wyczerpująco wytłumaczył zaistniałą sytuację, mimo to Zamawiający nie wziął tłumaczeń pod uwagę i wybrał 11.09.2008 r. inną ofertę oraz wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę. Jednocześnie zamawiający stwierdził, że opinia Banku została podrobiona i przerobiona, mimo że nie był do takich stwierdzeń uprawniony, gdyż od tego są sądy. Zamawiający w chwili badania ofert nie miał podstaw do kwestionowania przedmiotowego dokumentu i nie wykazał staranności i w niewłaściwy sposób wzywał Odwołującego do wyjaśnienia sprawy.

Zamawiający błędnie wywiódł, że tytuły egzekucyjne na koncie uniemożliwiają Odwołującemu wzięcie kredytu, a dodatkowo Odwołujący nie składał oświadczenia, że całość inwestycji wykona z kredytu, co nawet byłoby niemożliwe gdyż wysokość zdolności kredytowej została oszacowana na kwotę 1 500 000 zł, a oferowana kwota była dużo wyższa.

Brak podania informacji o obciążeniu konta tytułem egzekucyjnym nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania. Natomiast sam Zamawiający dokonał oceny okoliczności mających wpływ na przyznanie kredytu i bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania. Ponadto Zamawiający nie udowodnił wpływu kwestionowanych informacji na wynik postępowania. W związku z tym Zamawiający zachował się w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż tylko jednego wykonawcę oceniał w tak daleko idący sposób.

Oddalenie protestu było również niezasadne.

Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia uzupełnienia dokumentów, a nie do złożenia wyjaśnień, pod rygorem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, co Zamawiający w oddaleniu protestu przeinacza.

Zamawiający nie uzasadnił wezwania do uzupełnienia dokumentacji i nie powołał się na żadną podstawę prawną takiej czynności.

Odwołujący stwierdza, że przepis art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, że zamawiający może korzystać z ustanowionego w nim uprawnienia tylko wtedy, gdy spełnione zostaną warunki

przewidziane w art. 25 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Skoro specyfikacja nie przewidywała złożenia opinii bankowej zawierającej informacje w zakresie obciążenia rachunku bankowego tytułami egzekucyjnymi, to w sposób oczywisty nie zostały spełnione przesłanki przewidziane w art. 25 ust. 1 Pzp.

Ponadto zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać, wyznacza *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, które nie przewiduje żądania informacji o tytułach egzekucyjnych.

Żądając uzupełnienia dokumentów, Zamawiający powinien był wskazać jako podstawę prawną swojego żądania także art. 25 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 3 pkt 1 i 2 tego rozporządzenia. Brak takiego wskazania przez Zamawiającego czynił jego żądania bezpodstawnymi.

Odwołujący ponadto podnosi, że Zamawiający nie doprecyzował w specyfikacji warunków udziału w postępowaniu.

Nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, że w piśmie z 11.07.2008 r. żądał złożenia jedynie wyjaśnień do złożonych dokumentów, a nie do ich uzupełnienia.

Wyłącznie przyczyną wykluczenia Odwołującego było uznanie, że opinia Banku była sfalszowana oraz że brak w jej treści informacji o obciążeniu konta tytułem egzekucyjnym miał wpływ na wynik postępowania. Natomiast Zamawiający nie dokonał żadnej oceny złożonego dokumentu po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Nowelizacja ustawy z kwietnia 2007 r. dopuszcza, aby wykonawcy wykazywali spełnienie warunków na dzień uzupełnienia dokumentów, a nie na dzień składania ofert.

Zamawiający nie wskazał żadnego dokumentu (wyroku sądu, postanowienia prokuratury) potwierdzającego fakt sfalszowania Opinii złożonej wraz z ofertą, ani żadnego innego dokumentu, z którego taki fakt definitywnie by wynikał.

Zamawiający powinien – w sytuacji gdy usiłuje przyjąć, że jedynie „wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień do złożonych dokumentów”, uznać Opinię złożoną w dniu 17 lipca 2008 r. i dokonać jej wszechstronnej oceny.

Na podstawie potwierdzonej za zgodność kopii dokumentacji (oryginał dokumentacji został 19.08.2008 r. wydany dobrowolnie po wezwaniu dokonującego czynności KPP Dębica), stanowisk stron oraz złożonego dokumentu w postaci:

odpowiedź Zamawiającego na odwołanie w sprawie oddalenia protestu, pismo z 29.10.2008 r.

– skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i dokonał odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami tej ustawy i odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący w swojej ofercie z 11.07. 2008 r. złożył poświadczoną przez siebie kopię opinii Banku Polska Kasa Opieki S.A. I Oddział w Dębicy z dnia 04.07. 2008 r. W opinii Bank zaświadczał o zdolności Odwołującego do zaciągnięcia kredytu w wysokości 1 500 000 PLN, natomiast w rozpoznawanym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania zdolności kredytowej w wysokości 500 000 PLN – część VI ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W trakcie badania ofert Zamawiający stwierdził, że występuje wyjątkowe podobieństwo graficzne tej kopii z kopią opinii, którą Odwołujący złożył kilka miesięcy wcześniej w postępowaniu, w którym Zamawiający wymagał wykazania zdolności kredytowej w wysokości 1 500 000 PLN. Jediną zauważalną różnicą w tych kopiach były różne daty dokumentów.

Takie podobieństwo kopii wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do prawdziwości kopii opinii załączonej do oferty z 11.07. 2008 r., którą złożył Odwołujący w badanym postępowaniu. Wobec tego 11 lipca 2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego cyt. „do przedłożenia w terminie do dnia 18 lipca 2008 r. oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii opinii Banku Polska Kasa Opieki S.A. o zdolności kredytowej do zaciągnięcia przez Firmę P.P.H. i U. BUDOIMPEX, 39-218 Straszęcín 295D kredytu w wysokości 1 500 000,00 zł.”.

Wezwanie to zostało wystosowane na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Zamawiający przytoczył jako podstawę wezwania art. 26 ust. 4 Pzp i nadał mu rygor wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Reagując na wezwanie z 11 lipca 2008 r., Odwołujący złożył 17 lipca 2008 r. wraz z pismem z 16.07. 2008 r. oryginał innej opinii tego samego Banku i sporządzonej w tym samym dniu (04.07. 2008 r.) co kopia załączona do oferty.

Po porównaniu oryginału dokumentu i kopii załączonej do oferty, 28 lipca 2008 r. Zamawiający – powołując się na § 4 ust. 2 wymienionego rozporządzenia – ponownie zwrócił się o cyt. „dostarczenie oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii dokumentu jak w wezwaniu z dnia 11-07-2008 r.”.

Pismem z dnia 29 lipca 2008 r. Odwołujący odmówił złożenia oryginału dokumentu, którego kopię załączył do oferty, gdyż stwierdził, że załączył ten oryginał do innej oferty, którą złożył w innym przetargu i już tym oryginałem nie dysponuje.

Wobec odmowy przedstawienia oryginału opinii przez Odwołującego, Zamawiający 30 lipca 2008 r. zwrócił się do wystawiającego opinię Banku o zajęcie stanowiska w sprawie wydanych opinii. Bank odpowiedział pismem 1 sierpnia 2008 r. i stwierdził, że ze względu na tajemnicę bankową nie może udzielić żądanych wyjaśnień. Zamawiający w tym samym dniu poinformował Prokuraturę Rejonową w Dębicy o zaistnieniu przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa przez Odwołującego. Podobnie Bank – 8 sierpnia 2008 r. – wystosował do tej samej Prokuratury zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

11 września 2008 r. Zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego i o odrzuceniu jego oferty. Wykluczenie Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, że względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, gdyż ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący wywodzi, że dane zawarte w obu opiniach bankowych (załączonej w kopii do oferty z 11 lipca 2008 r. i załączonej w oryginale do pisma z 16 lipca 2008 r.) potwierdzają okoliczności do stwierdzenia, że Odwołujący spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego w specyfikacji. Dlatego Zamawiający nie miał i w dalszym ciągu nie ma podstaw do ingerencji i powinien stwierdzić spełnianie przedmiotowego warunku przez Odwołującego. W postępowaniu brak jest podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż nie zostały spełnione przesłanki do wykluczenia Odwołującego, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Po pierwsze: żaden organ do tego uprawniony nie stwierdził (w rozpatrywanym przypadku z art. 270 § 1 kodeksu karnego), że zostało popełnione przestępstwo podrobienia lub przerobienia dokumentu, a więc Zamawiający nie może rozstrzygać w tej sprawie. Po drugie: wszystkie informacje mające wpływ na wynik postępowania znalazły się w dyspozycji Zamawiającego, a kwestionowane informacje nie miały wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że przepis § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nakłada na zamawiających obowiązek wyjaśnienia wątpliwości co do prawdziwości dokumentów zawartych w ofertach, a jednocześnie ogranicza uprawnienie zamawiających do żądania oryginałów lub notarialnie poświadczonych kopii dokumentów do sytuacji, gdy złożone przez wykonawców kopie dokumentów są nieczytelne lub budzą wątpliwości co do ich prawdziwości. Dlatego należy stwierdzić, że Zamawiający – żądaniem z 11 lipca 2008 r. o „przedłożenie [...] oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii opinii Banku [...]” – nie przekroczył swoich kompetencji, a jedynie wykonał swój obowiązek rozwiania wzbudzonych wątpliwości.

Wyjątkowe podobieństwo kopii dwóch różnie datowanych opinii złożonych przez Odwołującego w dwóch postępowaniach na przestrzeni kilku miesięcy mogła wzbudzić wątpliwości co do prawdziwości kopii złożonej z ofertą 11 lipca 2008 r.

Ponadto, przytaczając we wspomnianym wezwaniu kwotę zdolności kredytowej w wysokości 1 500 000,00 zł, Zamawiający nie wprowadzał innego warunku niż ustanowionego w części VI ust. 6 specyfikacji, ale zwracał uwagę na konkretny dokument, którego potwierdzona kopia została załączona do oferty.

Zamawiający okazał opinię Banku z 10 kwietnia 2008 r. oraz opinię z 4 lipca 2008 r. i w sposób zasadny i przekonujący ocenił różnicę w tych dokumentach. Różnice te były na tyle istotne, że Zamawiający był zobligowany podjąć czynności wyjaśniające na podstawie § 4 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia. W tych okolicznościach Zamawiający miał obowiązek zażądać od Odwołującego oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii oryginału dokumentu, którego kopię Odwołujący załączył do oferty z 11 lipca 2008 r.

Fakt nieprecyzyjnego czy nawet złego podania podstawy prawnej nie ma wpływu na zasadność i ważność czynności Zamawiającego, gdyż na Zamawiającym ciąży obowiązek porównania kopii dokumentu i oryginału tego samego dokumentu, co wynika z § 4 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia.

Z załączonej do dokumentacji kopii pisma wystosowanego przez Bank do Prokuratury zatytułowanego „Zawiadomienie o podejrzeniu o popełnienia przestępstwa” jednoznacznie wynika, że w postępowaniu Odwołujący złożył dokument, co do którego Bank stwierdził, że nie wystawił tego dokumentu i Zamawiający miał podstawy do wzbudzenia swoich wątpliwości co do prawdziwości dokumentu.

Wobec tego Zamawiający nie mógł skorzystać z unormowania art. 26 ust. 3 Pzp i zażądać uzupełnienia dokumentu, a miał obowiązek żądania złożenia oryginału dokumentu,

którego kopię załączył Odwołujący do oferty z 11 lipca 2008 r. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lutego 2008 r. (KIOUZP 60/08)

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza brak naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*