

WYROK
z dnia 7 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

PKP Energetyka S.A. ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa,
Trakcja PRKil S.A. ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa oraz
COMSA S.A. (COMSA Corporati3n de Infraestructuras SL) Calle Viriato 47, 08014
Barcelona, Hiszpania

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, NDI Sp. z o.o. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP Energetyka S.A., Trakcja PRKil S.A. oraz COMSA S.A. (COMSA Corporati3n de Infraestructuras SL)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP Energetyka S.A., Trakcja PRKil S.A. oraz COMSA S.A. (COMSA Corporati3n de Infraestructuras SL)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PKP Energetyka S.A., Trakcja PRKil S.A. oraz COMSA S.A. (COMSA Corporati6n de Infraestructuras SL) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I Stan faktyczny postępowania

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych <<Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna>> w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 192-346703. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PKP Energetyka S.A., Trakcja PRKil S.A. oraz COMSA S.A. (obecnie COMSA Corporati6n de Infraestructuras SL) – ostatnia z tych spółek z siedzibą w Hiszpanii.

Po sprawdzeniu złożonego wniosku pod względem formalnym, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów wskazując, że zgodnie z punktem III.2.1) ppkt 3 a) ogłoszenia o zamówieniu: jeżeli wykonawca ma siedzibę, lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zamawiający wyjaśnił, iż z przedstawionego na stronie 128 wniosku dokumentu wynika, że COMSA S.A. posiada zaświadczenie o braku ogłoszenia upadłości Spółki, brak natomiast informacji co do likwidacji podmiotu. Zamawiający wezwał „do uzupełnienia wniosku poprzez przedstawienie: • dokumentu potwierdzającego brak postępowania likwidacyjnego w stosunku do wykonawcy COMSA S.A. ewentualnie wyjaśnienie, z których dokumentów ww. informacja wynika.”

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, iż na potwierdzenie, że nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości złożono dokument KRS (na stronie 102-126, tłumaczenie 127-148),

załączył też oświadczenie notarialne, że w stosunku do Comsa S.A. nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości.

Zamawiający wykluczył Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niespełnieniem warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że zgodnie z punktem III.2.1) ppkt 3 a) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce pomieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Z przedstawionego przez Odwołującego dokumentu na stronie 128 wniosku wynikało, że COMSA S.A. posiada zaświadczenie o braku ogłoszenia upadłości spółki, brakowało natomiast informacji co do likwidacji podmiotu. Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę do uzupełnienia złożonego wniosku poprzez przedstawienie dokumentu potwierdzającego brak postępowania likwidacyjnego w stosunku do tej spółki, ewentualnie wyjaśnienie, z których dokumentów ww. informacja wynika. Wykonawca wyjaśnił, że dokument ze strony 102-126 (tłumaczenie str. 127-148) został złożony na potwierdzenie, że nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości spółki. Ponadto wykonawca załączył oświadczenie notarialne, że w stosunku do Comsa S.A. nie otwarto likwidacji oraz nie ogłoszono upadłości. Zgodnie z punktem III.2.1) ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w punkcie 3 zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Zgodnie z danymi uzyskanymi z systemu E-certis w Hiszpanii istnieje możliwość uzyskania informacji z Registro Mercantil lub też Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, w celu uzyskania zaświadczenia o braku postępowaniu likwidacyjnego wobec konkretnego podmiotu, stąd też wykonawca powinien był przedłożyć stosowny dokument. Wykonawca nie mógł zatem posłużyć się oświadczeniem złożonym przed notariuszem, a tym samym nie uzupełnił on w sposób należyty wniosku. Wykonawca nie wykazał zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawców.

II Stanowiska stron postępowania odwoławczego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PKP Energetyka S.A., Trakcja PRkil S.A. oraz COMSA S.A. (COMSA Corporati6n de Infraestructuras SL) wni6sł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania.

Wskazał, że Zamawiający wezwał go o uzupełnienie dokumentu lub ewentualnie wyjaśnienie, z których dokument6w wynika, iż nie otwarto likwidacji w stosunku do COMSA S.A. Odwołujący skorzystał z moŹliwości wyjaśnienia, że informacja o braku otwarcia likwidacji wynika z odpisu Registro Mercantil i tłumaczenia tego odpisu na język polski. PowyŹszymi wyjaśnieniami i dokumentami, których te wyjaśnienia dotyczą, Odwołujący wykazał spełnienie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku otwarcia likwidacji COMSA S.A. W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający wskazał, że informację o braku postępowania likwidacyjnego moŹna uzyskać m.in. z Registro Mercantil (Rejestru Handlowego). Odwołujący zgadza się w tym zakresie z Zamawiającym. To właśnie dokument, będaćy odpisem z hiszpańskiego Rejestru Handlowego, został przez Odwołującego załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stronach 102-126 wniosku i z tego dokumentu bezsprzecznie wynika, że w stosunku do COMSA S.A. nie otwarto likwidacji. Na stronie 103 wniosku, w dokumencie hiszpańskim, i na stronie 128 wniosku, w tłumaczeniu na język polski, pod informacją, że na karcie sp6łki nie figuruje wpis dotyczący upadłości lub zawieszenia opłat ani wpis związany z przetargiem, znajduje się informacja o sytuacjach szczególnych dotyczących sp6łki. Informacja ta brzmi: „Nie ma sytuacji szczególnych”. W odpisie z Registro Mercantil nie wymienia się braku wszystkich moŹliwych sytuacji szczególnych dotyczących sp6łki. Wymieniony jest brak figurowania na karcie sp6łki niektórych sytuacji szczególnych. Brak ewentualnych innych, nie wymienionych na karcie sp6łki sytuacji szczególnych, określono og6lnym stwierdzeniem – nie ma sytuacji szczególnych. Nie ulega wątpliwości, że otwarcie likwidacji sp6łki zalicza się do sytuacji szczególnych. Informacja w odpisie z Registro Mercantil, iż nie ma sytuacji szczególnych, stanowi poświadczenie, że w stosunku do COMSA S.A. nie otwarto likwidacji. Odwołujący ten fakt wykazał poprzez załączenie do wniosku odpisu z Registro Mercantil i jego tłumaczenia. Nie było zatem podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a Zamawiający wykluczajęc Odwołującego naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, Źadajęc od Odwołującego dokumentu potwierdzajęcgo brak otwarcia likwidacji w stosunku do COMSA S.A., mimo że taki dokument do wniosku został załączony, i jednocześnie nie uwzględniając wyjaśnień Odwołującego, mimo że w wezwaniu umoŹliwił Odwołującemu taką formę wykazania spełnienia warunk6w udziału w postępowaniu, naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania

wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w kwestii wykluczenia Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż jeśli ustawodawca określił warunki udziału w postępowaniu, wykonawca powinien je wykazać. Wykonawca wskazał jedynie na rejestr handlowy, natomiast z dokumentu tego nie wynika, że procedura likwidacji nie została rozpoczęta, jest jedynie wzmianka o braku upadłości. Odwołujący nie przedstawił informacji, z których wynika, że sytuacja szczególna to też likwidacja. Zamawiający nie mógł przyjąć oświadczenia ani dokumentu złożonego przed notariuszem, ponieważ wykonawca sam przyznał, że istnieją dokumenty urzędowe, które potwierdzają ten fakt. Także z dokumentów, które Zamawiający posiada od innych hiszpańskich wykonawców – a także spółki COMSA złożonego w innym postępowaniu – wynika, że w rejestrze taka informacja jest zamieszczana. Zdaniem Zamawiającego nie można domniemywać, że brak informacji o likwidacji oznacza brak likwidacji. Tym samym Zamawiający nie mógł uznać ani dokumentów złożonych przez Odwołującego, ani jego wyjaśnień.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami; został on opisany w punkcie I.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie jest sporne, że Odwołujący przedstawił wraz z wnioskiem wskazany powyżej odpis z hiszpańskiego rejestru handlowego dotyczący spółki Comsa. Zamawiający jednak po zapoznaniu się z treścią figurujących tam wpisów wezwał go do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji o braku likwidacji, ewentualnie do wskazania, gdzie taka informacja się

znajduje w dokumentach już złożonych. Zamawiający wyraźnie wskazał, że na stronie 128 znalazł jedynie informację o braku ogłoszenia upadłości spółki.

Wezwanie to należy uznać za poprawne pod względem treści (wystarczająco konkretne, by wykonawca mógł zidentyfikować problem).

Tym samym Zamawiający wyraźnie wskazał, że złożone dokumenty go nie satysfakcjonują pod względem zawartej w nich treści. Z kolei Odwołujący – jak podkreślił w odwołaniu – skorzystał z możliwości wyjaśnienia, że informacja została zawarta w już złożonym dokumencie. Jednak należy wskazać, że wobec takiej konkretnej treści wezwania Zamawiającego, wyjaśnienia Odwołującego w rzeczywistości niczego Zamawiającemu nie wyjaśniły. Z wezwania wynika bowiem jasno, że Zamawiający przeanalizował treść spornego dokumentu – rejestru handlowego, ale poszukiwanej informacji nie znalazł – Zamawiający wskazał nawet stronę, na której zawarto informację o braku upadłości. Tym samym wyjaśnienia sprowadzające się do tego, że informacja wynika z rejestru, bez wskazania konkretnego miejsca w tym rejestrze, trudno uznać za wyjaśniające cokolwiek – sprowadzają się one zasadniczo do stwierdzenia, żeby Zamawiający poszukał sobie jeszcze raz. Nie były to więc wyjaśnienia, których Zamawiający oczekiwał i których można by oczekiwać w takiej sytuacji od wykonawcy. W wyjaśnieniach tych Odwołujący nie powołał się nawet na punkt dotyczący braku sytuacji szczególnych, który stanowił jego koronny argument w odwołaniu.

W zakresie tego punktu Izba podziela pogląd Zamawiającego – samo wskazanie, że „nie ma sytuacji szczególnych” bez żadnych dodatkowych informacji trudno zakwalifikować jako wpis przekazujący konkretne treści, w tym o braku likwidacji albo miejsce, w którym taka informacja by się znajdowała, gdyby likwidację otwarto. Tym bardziej, że wpis o braku ogłoszenia upadłości, którą przecież też można uznać za sytuację (szczególną) podobną do likwidacji, znajduje się w punkcie poprzednim, a nie w punkcie odnoszącym się do braku sytuacji szczególnych.

W oparciu o dokument przedstawiony przez Odwołującego oraz przedstawione przez Zamawiającego podczas rozprawy przykłady innych dokumentów tego typu oraz ich tłumaczenia można stwierdzić, że w przeciwieństwie do odpisów z polskiego Krajowego Rejestru Sądowego czy informacji z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego, informacje z rejestru hiszpańskiego nie mają „zamkniętej” treści, w którą nie może ingerować osoba sporządzająca i nie polegają jedynie na samym wydruku wpisów zawartych w rejestrze. Pomimo ustalonej pewnej formy i rodzaju wpisów, ich charakter bardziej przypomina polskie zaświadczenia, w których urzędnik zwany „rejestratorem handlowym” (lub podobnie, w zależności od tłumaczenia), na wniosek danego podmiotu, po sprawdzeniu odpowiednich ksiąg i baz informatycznych, zaświadcza o danych okolicznościach ujętych

(lub nie ujętych) w rejestrze (zresztą nazwy „zaświadczenie” nawet figurują w tłumaczeniach). Tym samym zaświadczenie to (co jest charakterystyczne dla zaświadczeń) obejmuje okoliczności, o których stwierdzenie wnioskodawca się zwrócił – stąd też różnią się one w swojej treści i w niektórych figuruje informacja zarówno o braku wpisu o rozwiązaniu, likwidacji, postępowaniu upadłościowym, a w innych np. tylko odnosząca się do braku postępowania upadłościowego.

Przedstawione przez Zamawiającego zaświadczenia wskazują też, że jeśli dany wykonawca zwróci się o zaświadczenie odnoszące się do konkretnych okoliczności, może je uzyskać, tj. w tym wypadku może uzyskać zaświadczenie, że nie otwarto jego likwidacji. Tym samym oświadczenie złożone przed notariuszem nie jest wystarczające.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: