

Sygn. akt: KIO 1937/14

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 6 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 6 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UVET VIAGGIO TURISMO Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Mediolanie, Bastioni Di Porta Volta 10 i Paolo Beltrami Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Paderno Ponchielli, Via IV Novembre 72** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 81/83**

przy udziale **wykonawcy Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1937/14 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Easylog spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Solartego 4, IT.Event spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, IT.Expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, Rochstar Events spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wał Miedzeszyński 384** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1937/14 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UVET VIAGGIO TURISMO Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Mediolanie, Bastioni Di Porta Volta 10 i Paolo Beltrami Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Paderno Ponchielli, Via IV Novembre 72 i :**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UVET VIAGGIO TURISMO Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Mediolanie, Bastioni Di Porta Volta 10 i Paolo Beltrami Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Paderno Ponchielli, Via IV Novembre 72** 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 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane – wykonanie dokumentacji wykonawczej i budowa Pawilonu Polski na Wystawę Światową EXPO 2015 w Mediolanie wraz z zagospodarowaniem terenu przyległego oraz rozbiórką pawilonu zostało wszczęte przez zamawiającego Państwową Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 81/83 ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2014r. za numerem 2014 – 245606.

W dniu 16 września 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu drogą elektroniczną. Z informacji tej wynikało m. in., że wykonawca Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134 i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Easylog spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Solartego 4, IT.Event spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, IT.Expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, Rochstar Events spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wał Miedzeszyński 384 spełnili wymagania zamawiającego postawione w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni do składania ofert, natomiast wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego UVET VIAGGIO TURISMO Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Mediolanie, Bastioni Di Porta Volta 10 i Paolo Beltrami Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszech w Paderno Ponchielli, Via IV Novembre 72 (dalej odwołujący) zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy). Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający podał, że zamawiający w toku badania wniosków zauważył, że odwołujący nie dołączyli do wniosku następujących dokumentów:

Od wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, potwierdzających, że

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak ww. dokumentu wystawionego dla UVET VIAGGIO TURISMO SA

- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty

zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak dokumentu w zakresie nie zalegania z uiszczaniem podatków – wystawionego dla UVET VIAGGIO TURISMO SA i PAOLO BELTRAMI s.p.a.

- zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak ww. dokumentu dla 4 członków organu zarządzającego UVET VIAGGIO TURISMO oraz dla 2 członków organu zarządzającego Paolo Beltrami s.p.a. tj. B. C. P., R. E. A., M. C., P. F. C., D. P., A. S. .

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów pouczając o obowiązku złożenia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień upływu terminu składania wniosków tj. 6 sierpnia 2014r. Odwołujący, zdaniem zamawiającego uznał wezwanie, gdyż nie składał informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego.

Odwołujący złożył dokumenty na wezwanie, ale nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tak

- zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 R. E. A. – zostało wydane 25 sierpnia 2014r. Stosownie do treści art. 26 ust.2a i 26 ust. 3 ustawy wymagany dokument powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 6 sierpnia 2014r.

- zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 M. C. M. G. – zostało wydane 25 sierpnia 2014r. Stosownie do treści art. 26 ust.2a i 26 ust. 3 ustawy wymagany dokument powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 6 sierpnia 2014r.

- zaświadczenie, że nie otwarto wobec UVET VIAGGIO TURISMO SA likwidacji ani nie ogłoszono upadłości zostało wydane w dniu 27 sierpnia 2014r. Stosownie do treści art. 26 ust.2a i 26 ust. 3 ustawy wymagany dokument powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 6 sierpnia 2014r.

- zaświadczenie o niezaleganiu przez P. B. z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak dokumentu w zakresie nie zalegania z uiszczaniem podatków – zostało wydane w dniu 11 sierpnia 2014r. Stosownie do treści art. 26 ust.2a i 26 ust. 3 ustawy wymagany dokument powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 6 sierpnia 2014r.

- zaświadczenie o niezaleganiu przez UVET VIAGGIO TURISMO z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak dokumentu w zakresie nie zalegania z uiszczaniem podatków – nie zostało załączone do uzupełnienia. Wykonawca załączył jedynie oświadczenie Pana Prezesa UVET VIAGGIO TURISMO SA L. P., że zaświadczenie takie może być wydane w terminie 30 dni od złożenia takiego wniosku o wydanie takiego zaświadczenia, informując jednocześnie, że wniosek taki został złożony 22 lipca 2014r.

- Odwołujący nie uzupełnił zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca siedziby albo zamieszkania osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 – 8 dla D. P. . Te wszystkie okoliczności w ocenie zamawiającego uzasadniały wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W dniu 22 września 2014r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. udzielone przez UVET VIAGGIO TURISMO z dnia 25 września 2014r. w osobie jej Dyrektora Zarządzającego, zgodnie z wypisem z Rejestru Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Mediolanie i udzielone przez P. B. S.P.A. z dnia 25 września 2014r. w osobie jej członka zarządu, zgodnie z wypisem z Rejestru Izby Handlowej w Cremonie. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 września 2014r.

Odwołujący się uznali, że wymagania zamawiającego w zakresie terminów złożenia dokumentów stanowiących załączniki do wniosku (zaświadczenia dot. osób sprawujących funkcje w organach zarządzających wykonawców oraz zaświadczenia z urzędów

administracji i organów sądowych) uniemożliwiły odwołującym spełnienie ustalonych wymogów.

Odwołujący się, zarzucili zamawiającemu:

1/ Naruszenie przepisów prawa, a w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy przez złamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2/ Przyjęcie za podstawę wykluczenia m.in. wad złożonych dokumentów (data wydania przez upoważniony podmiot po dniu 6.08.2014 r.) mimo - zdaniem odwołujących — wcześniejszego zaakceptowania faktu możliwości wydania tych dokumentów po dacie 6.08.2014 r. (tzn. dacie złożenia wniosków).

3/ przyjęcie za podstawę wykluczenia czynności niemożliwej do wykonania przez odwołujących tzn. uzyskania zaświadczeń wymaganych od członków organów zarządzających odwołujących, dla osoby która nie jest członkiem tych władz.

Zdaniem odwołujących się, po stronie zamawiającego jest wybór formy usunięcia powstałych uchybień. Zamawiający nie jest władny dokonać czynności wbrew zapisów ustawy. Ale może on podjąć decyzję o zmianie terminu (ustalanego przez zamawiającego, a nie wynikającego wprost z ustawy) złożenia niektórych dokumentów, co - nie naruszając postanowień ustawy - umożliwi odwołującym się, ale i innym wykonawcom, złożenie dokumentów.

W uzasadnieniu odwołujący wskazali, że ustalenie terminu złożenia dokumentów, który w sposób zdecydowany jest krótszy niż terminy wydawania takich dokumentów w Republice Włoskiej (zarówno formalnie jak i w praktyce) oraz jest zdecydowanie dłuższy w kraju odwołującego się niż w Rzeczypospolitej Polskiej — jest naruszeniem zasad określonych w art.7 ust 1 ustawy.

Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w Unii Europejskiej jest zakaz dyskryminacji (nakaz równego traktowania) przy ubieganiu się o udzielanie zamówień publicznych. Wynika to zarówno z prawa pierwotnego jakim jest Traktat o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (TWE) jak i dyrektyw stanowiących prawo wtórne.

Zgodnie z art. 12 TWE istnieje zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji np. gorszego traktowania podmiotów z innych państw Wspólnoty w odniesieniu do podmiotów krajowych.

Przepis art. 12 TWE obejmuje zarówno środki dyskryminacji bezpośredniej, zgodnie z którymi narodowość (obywatelstwo) jest czynnikiem warunkującym odmienne traktowanie, ale także środki dyskryminacji pośredniej (ukrytej) przy użyciu których dany przepis, jakkolwiek wprowadzający kryteria na pierwszy rzut oka obiektywne, faworyzuje jednak podmioty krajowe.

Zdaniem odwołujących powyższe argumenty w sposób wystarczający uzasadniają twierdzenie o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Ponadto zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2010 roku (KIO/UZP 961/10): (...) Zgodnie z ugruntowaną w dotychczasowym orzecznictwie Izby opinią, dla uznania, iż zamawiający naruszył powołany

przepis, wystarczającym jest jedynie wykazanie, iż opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż zamawiający, poprzez poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym, w ocenie Izby, jest jedynie wskazanie, iż opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić. (...)

Odwołujący przy wniosku z dnia 6.08.2014r. złożyli oświadczenie swojego pełnomocnika informujące zamawiającego o terminach wydawania dokumentów wymaganych wnioskiem, w Republice Włoskiej.

Dlatego też otrzymując od zamawiającego wezwanie o uzupełnienie braków uważali, że mieli prawo przyjąć, że zamawiający- po zapoznaniu się z treścią oświadczenia - przyjmie dokumenty z datą wydania po 6.08.2014 r. Po powzięciu informacji o tych datach - zamawiający wiedział, że każdy dokument, który nie był złożony wraz z wnioskiem z przyczyn podanych przez wykonawcę - będzie nosił datę wydania po 6.08.2014 r. Dlatego też odwołujący: złożyli dokumenty, które na podstawie wystąpień o ich wydanie, otrzymali; od podmiotów wydających po dniu 6.08.2014 r. Ponadto na podstawie informacji uzyskanych z sądu, pełnomocnik odwołujących uszczegółowił datę wydawania dokumentów tj. 30 lub 45 dni roboczych od dnia złożenia wniosku.

Tym samym zarzut zamawiającego, że wykonawca po zażądaniu uzupełnień dokumentów, nie zgłosił zarzutów w trybie art. 181 ust. 1 ustawy - jest nietrafny. Odwołujący nawet nie zakładał, że zamawiający oczekuje dokumentów z datą wydania przed 6.08.2014 r. ponieważ wymagałoby to antydatowania dokumentów przez podmioty wydające.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wykonawca „UVET VIAGGIO...” złożył stosowne oświadczenia osoby uprawnionej do składania oświadczeń w imieniu Firmy, że Pan P. D. nie jest członkiem władz Wykonawcy.

Zarzut, że „.... Wykonawca nie uzupełnił zaświadczeń(...) dla D. P. . ” jest co najmniej niezrozumiały. Żądanie zamawiającego jest nie możliwe do wykonania.

Dowody potwierdzające przedstawione okoliczności sprawy znajdują się w dokumentacji prowadzonego postępowania w PARP.

Odwołujący się złożyli wniosek o wydanie przez właściwy Sąd potwierdzenia dotyczącego terminów wydawania zaświadczeń. Dokument taki - wg zapewnień Sądu - będzie gotowy do odbioru w dniu 22 września 2014 r. Ze względu na wymóg przetłumaczenia i przekazania z Republiki Włoskiej do Polski, zostanie on dostarczony do Krajowej Izby Odwoławczej w możliwie najkrótszym terminie, tzn. max. 2 dni.

Zamawiający w dniu 22 września 2014r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 września 2014r. pisemnie swój udział zgłosił wykonawca Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134 po stronie zamawiającego wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może prowadzić do uszczerbku w interesie prawnym i materialnym zgłaszającego. Obecnie uzyskał zaproszenie do składania ofert i ma realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący jest konkurentem zgłaszającego i jego pozostanie w postępowaniu zmniejszy szanse zgłaszającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że zamawiający nie naruszył art. 12 TWE ani art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż stosował jednakowe kryteria oceny wniosków do wszystkich wykonawców i poprawnie dokonał oceny wniosku odwołujących się. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 lipca 2014r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 25 września 2014r. zamawiającemu faksem, a odwołującym się drogą elektroniczną.

W dniu 25 września 2014r. swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosili na piśmie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Easylog spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Solartego 4, IT.Event spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, IT.Expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, Rochstar Events spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wał Miedzeszyński 384 wskazując ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ma interes w tym, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z prawem i zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Czynności zamawiającego są zgodne z prawem, a zarzuty odwołujących bezzasadne. Zgłaszający chcą ubiegać się o zamówienie w warunkach uczciwej konkurencji i je uzyskać, uwzględnienie odwołania uniemożliwi zgłaszającym uzyskanie zamówienia, co będzie skutkowało poniesieniem szkody majątkowej. Zgłaszający wskazali na poparcie swojego stanowiska wyrok Izby z dnia 17 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 538/08 i KIO/UZP 543/08 oraz wyrok z dnia 11 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 712/13. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego Easylog sp. z o.o., który działał jako pełnomocnik wszystkich wykonawców na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 sierpnia 2014r. i podpisanego za Easylog przez prokurenta samoistnego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, za IT.Event – przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, za IT.Expert przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionego do łącznej reprezentacji, za Rochstar Events przez członka zarządu



i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionego do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 25 września 2014r. odwołującemu i zamawiającemu drogą elektroniczną.

W dniu 6 października 2014r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu przystępujący Qumak wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy tj. z uwagi na to, że odwołanie w rzeczywistości kwestionuje postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i z tego względu jest spóźnione, oraz również z uwagi na to, że jako skierowane w rzeczywistości wobec treści ogłoszenia innej niż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczy innej czynności niż określona w art. 180 ust. 2 ustawy.

Wniosek przystępującego Qumak poparli zamawiający i przystępujący Konsorcjum Easylog. Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania wskazując, że w dacie złożenia oferty oraz w momencie składania wyjaśnień informował zamawiającego o obiektywnych przeszkodach związanych z uzyskaniem przez niego wymaganych dokumentów, a wynikających z zasad działania organów państwowych w Republice Włoskiej. Podkreślił, że w okresie pomiędzy 6, a 27 sierpnia zamawiający nie informował go, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, wniosku odwołujących się, wezwania zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2014r. skierowanego do odwołujących się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, pisma odwołującego wraz z załącznikami z dnia 27 sierpnia 2014r., informacji o wyniku postępowania z dnia 16 września 2014r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje.

Odwołujący nie składali zapytań wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wedle wiedzy dostępnej Izbie z urzędu wniesione przez odwołujących odwołanie jest pierwszym odwołaniem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W sekcji III.4.2. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zawarł wymaganie przedstawienia zarówno oświadczenia o braku podstaw wykluczenia jak i dokumentów w postaci m. in. aktualnego odpisu w właściwego rejestru lin centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, aktualnego zaświadczenie z właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego (okoliczność bezsporna). W sekcji III.4.3.1) zamawiający opisał wymagania stawiane podmiotom zagranicznym tj. wykazania, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, że nie zalega m. in. z uiszczeniem podatków i w sekcji III.4.3.2 ogłoszenia zamawiający wymagał zaświadczenia właściwego

organu sądowego lub administracyjnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 -8. Termin składania wniosków upływał w dniu 6 sierpnia 2014r. (okoliczność bezsporna).

Odwołujący złożyli ofertę, gdzie na stronie 9 i 10 pełnomocnik wykonawców złożył oświadczenie, że dokument potwierdzający, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości dla UVET VIAGGIO TURISMO SA zgodnie z prawem włoskim może być uzyskany w terminie 30 dni od daty złożenia wniosku przez zainteresowanego i że jest to okoliczność od wykonawcy niezależna.

W dniu 20 sierpnia 2014r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał odwołujących się do uzupełnienia m. in. następujących dokumentów od wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, potwierdzających, że

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak ww. dokumentu wystawionego dla UVET VIAGGIO TURISMO SA

- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak dokumentu w zakresie nie zalegania z uiszczaniem podatków – wystawionego dla UVET VIAGGIO TURISMO SA i PAOLO BELTRAMI s.p.a.

- zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – we wniosku stwierdzono brak ww. dokumentu dla 4 członków organu zarządzającego UVET VIAGGIO TURISMO oraz dla 2 członków organu zarządzającego Paolo Beltrami s.p.a. tj. B. C. P., R. E. A., M. C., P. F. C., D. P., A. S. (okoliczność bezsporna).

W dniu 27 sierpnia 2014r. odwołujący złożyli:

Zaświadczenie dla UVET VIAGGIO TURISMO, że nie otwarto jego likwidacji i ani nie ogłoszono upadłości wystawione 27 sierpnia 2014r.,

Zaświadczenie dla P. B., że nie zalega z uiszczaniem podatków – według danych z rejestru na dzień 11 sierpnia 2014r.,

Oświadczenie L. P. z dnia 26 sierpnia 2014r., że zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami wystawiane jest przez urząd w terminie 30 dni od daty złożenia wniosku, zatem nawet jeśli wniosek byłby złożony w dniu publikacji ogłoszenia tj. 22 lipca 2014r., to nie byłoby możliwe

jego uzyskanie na dzień 27 sierpnia 2014r., a żądanie zamawiającego wykonawca traktuje jako ograniczające mu udział w przedmiotowym postępowaniu. L. P. złożył także oświadczenie, że UVET VIAGGIO TURISMO nie zalega z opłacaniem podatków.

Dokument potwierdzający złożenie wniosku o toczących się postępowaniach karnych dla UVET VIAGGIO TURISMO z dnia 1 sierpnia 2014r.,

Zaświadczenie o niekaralności dla E. A. R. z dnia 25 sierpnia 2014r.,

Zaświadczenie o niekaralności dla C. M. G. Mo. z dnia 25 sierpnia 2014r.,

Zaświadczenie z rejestru skazanych dla C. P. B. z dnia 29 maja 2014r.,

Zaświadczenie z Rejestru Informacji o przestępstwach dla B. C. P. z dnia 28 maja 2014r.,

Zaświadczenie z Rejestru Informacji o przestępstwach dla A. S. M. z dnia 13 maja 2014r.

Zaświadczenie z rejestru skazanych dla A. S. M. z dnia 8 maja 2014r.,

Oświadczenie L. P. dotyczące P. D. w języku włoskim bez tłumaczenia,

Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dla B. P. z dnia 31 lipca 2014r.,

Oświadczenie pełnomocnika odwołujących się, że z uwagi na terminy wydawania zaświadczeń w Republice Włoskiej od 30 – 45 dni nie możliwe było uzyskanie zaświadczeń o niezaleganiu z opłatą podatków dla UVET VIAGGIO TURISMO, z Ministerstwa Sprawiedliwości dla E. R. i C. M. i zaświadczenia dla F. C. P. . Dodatkowo okres ogłoszenia niniejszego postępowania zbiegł się z okresem tradycyjnych urlopów w instytucjach, urzędach i podmiotach prowadzących działalność gospodarczą.

W dniu 16 września 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu odwołujących się z postępowania z przyczyn szczegółowo przytoczonych wyżej.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że wniesione odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba przyznała w tym zakresie rację przystępującemu Qumak, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania, ani prawidłowości wezwania go do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie podniósł zarzutów związanych z naruszeniem przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, ani art. 26 ust. 3 ustawy. Co więcej odwołujący domaga się zmiany terminu na złożenie niektórych dokumentów i stawia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 12 TWE. W ocenie Izby w rzeczywistości zarzuty odwołującego skoncentrowane są na opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i skorelowanego z nimi wyznaczonego przez zamawiającego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem żądanie odwołującego dotyczyło

jedynie zmiany zakreślonego mu terminu na złożenie uzupełnionych dokumentów, to odwołujący nie wskazywałby, że zmiana terminu umożliwi także innym wykonawcom złożenie dokumentów, a żądanie godziłoby właśnie w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż krzywdziłoby interesy tych wykonawców, którzy zapoznając się z ogłoszeniem o zamówieniu i wymaganiami zamawiającego w zakresie dokumentowania braku podstaw wykluczenia oraz wyznaczonym terminem składania ofert odstąpili od złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uważając, że określonych dokumentów nie są w stanie uzyskać, tak aby potwierdzały one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem jedynym logicznym wnioskiem jaki wypływa ze skonfrontowania zarzutów odwołania z żądaniem odwołujących się jest oczekiwanie skierowane do zamawiającego, że dopuści on wszystkich wykonawców, którzy będą w stanie w późniejszym terminie niż termin składania wniosków złożyć wymagane dokumenty. W prawie polskim wykonawcy mają obowiązek dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również brak podstaw wykluczenia nie później niż w terminie składania wniosków, zatem wykonawca, który realnie ocenia swoje możliwości udziału w postępowaniu w przypadku jak w niniejszej sprawie wymagania składania określonych dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia może zakwestionować opis sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu wnosząc odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy – brak podstaw wykluczenia, to wykazanie nie istnienia przesłanek negatywnych udziału w postępowaniu, a więc także warunku. W ramach tak postawionego zarzutu wykonawca może domagać się albo rezygnacji przez zamawiającego z wymogu składania dokumentów jako zbędnych w postępowaniu (zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy w postępowaniach poniżej progów unijnych zamawiający nie ma obowiązku żądania dokumentów i może poprzestać na oświadczeniach) albo żądać wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeśli dokonany przez zamawiającego opis i zakreślony termin składania wniosków dyskryminują go i uniemożliwiają udział w postępowaniu (co odwołujący obecnie zarzuca zamawiającemu). Tym samym odwołanie w rzeczywistości zmierza do przesunięcia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dotyczy zarzutu, który mógł być podniesiony na wcześniejszym etapie postępowania. Obecnie formułowany zarzut należy zatem uznać, jako zarzut skierowany wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i jako taki za wniesiony w uchybieniu art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy tj. pięciodniowego terminu na wniesienie odwołania od daty zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Uchybienie temu terminowi zaś powoduje, że art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy ma w niniejszej sprawie zastosowanie. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego Qumak, że ma tu także zastosowanie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. W ocenie Izby odwołanie dotyczy czynności opisanej w art. 180 ust. 2 ustawy tj. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania

warunku braku podstaw wykluczenia. Izba zauważa, że odwołujący oczekiwali powiadomienia przez zamawiającego o tym, że składane przez nich dokumenty są niewystarczające, czy, że zamawiający nie godzi się na wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. W ocenie Izby nie usprawiedliwia to jednak braku dbałości odwołujący o własne interesy na wcześniejszym etapie postępowania, czy to przez wniesienie odwołania na czynność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy choćby przez zadawanie pytań wobec treści ogłoszenia, czy zamawiający dopuści złożenie dokumentu na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia później niż na dzień składania wniosków, bądź wydłuży termin składania wniosków na czas niezbędny np. 30 dni do czasu ich uzyskania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....