

Sygn. akt: KIO/2100/10

WYROK
z dnia 7 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 września 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (Pełnomocnik), Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, (adres dla doręczeń: ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk), w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A (Lider), Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie, Alcobendas, Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18, Hiszpania (Partner) (adres dla doręczeń: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (Pełnomocnik), Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, (adres dla doręczeń: ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk)** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (Pełnomocnik), Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, (adres dla doręczeń: ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk),**

2) dokonać wpłaty kwoty **4 506 zł 83 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (Pełnomocnik), Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, (adres dla doręczeń: ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk),** na rzecz **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Urząd Morski w Gdyni, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę umocnienia brzegu Zatoki Gdańskiej, Westerplatte km 67,580-68,470”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 czerwca 2010 r., nr 2010/S 120-181426.

W dniu 17 września 2010 r. (pismem z tej samej daty.) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku i Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, zwane dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), zwanego dalej „konsorcjum Mostostal”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 27 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 27 września 2010 r.) od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, pomimo iż oferta tego wykonawcy obarczona jest błędem formalnym skutkującym obowiązkiem obligatoryjnego wykluczenia konsorcjum Mostostal z postępowania z jednoczesnym odrzuceniem jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 9, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz innych wymienionych w treści odwołania, w tym przepisów 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817).

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie wykluczenia z udziału w niniejszym postępowaniu konsorcjum Mostostal,
3. w konsekwencji odrzucenie oferty konsorcjum Mostostal,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż konsorcjum Mostostal mimo wezwania do uzupełnienia dokumentu – oświadczenia o nie orzeczeniu zakazu ubiegania się o zamówienie przez partnera konsorcjum Acciona Infraestructuras S.A. nie złożyło żądanego

dokumentu (oświadczenia przed notariuszem), w formie przewidzianej przepisami prawa. Natomiast dokument złożony wraz z ofertą za taki nie może być uznany, gdyż oświadczenie w nim zawarte zostało złożone w formie niezgodnej z uregulowaniami polskimi, jak i hiszpańskimi. Dokument ten faktycznie potwierdza, iż Pan Juana Ignacio E F stawiał się przed notariuszem, nie wynika z niego natomiast, iż notariusz dokonał identyfikacji osoby, a tym bardziej uprawnienia do reprezentowania podmiotu, w imieniu którego oświadczenie zostało złożone. Notariusz nadto nie dokonał sprawdzenia danych rejestrowych Spółki, nie przytoczył podstawy do stwierdzenia, iż dana osoba jest uprawniona do złożenia podpisu w imieniu spółki, co jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotowe oświadczenie zostało złożone wyłącznie w formie z podpisem notarialnie poświadczonym, w żadnym zaś razie nie jako oświadczenie przed notariuszem. Dokument ten nie potwierdza także, iż treść oświadczenia została odczytana przez notariusza i zrozumiana przez je składającego. Z treści adnotacji na oświadczeniu złożonym wraz z ofertą wynika wyłącznie poświadczenie podpisu, nie zaś poświadczenie złożenia oświadczenia.

W dniu 27 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował konsorcjum Mostostal o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania oraz wezwał wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Mostostal przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 6 października 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości.

Konsorcjum Mostostal, na rozprawie w dniu 6 października 2010 r., złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba ustaliła, iż Przystępujący wraz z ofertą przedłożył oświadczenie złożone przez Pana Juana Ignacio E F, że „wobec reprezentowanej przez niego firmy Acciona Infraestructuras S.A. nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie”, opatrzone datą 23 czerwca 2010 r. i podpisane przez Pana Juana Ignacio E F. Przedmiotowe oświadczenie zawiera także m.in. adnotację, iż „(...) zaświadczam, że powyższy podpis, złożony w mojej obecności przez Pana Juana Ignacio E F jest autentyczny”.

Zamawiający pismem z dnia 31 sierpnia 2010 r. wezwał Przystępującego do złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów we właściwej formie, tj. oświadczenia o nie zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne oraz oświadczenia o nie orzekaniu zakazu ubiegania się o zamówienie.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący złożył wyjaśnienia, stwierdzając m.in., iż w załączeniu do oferty przedłożył wymagane dokumenty w formie wymaganej przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zamawiający przyjął te wyjaśnienia za wystarczające.

Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Odwołującego podnosząc m.in., iż oświadczenie o nie orzekaniu zakazu ubiegania się o zamówienie „zostało sporządzone w formie niezgodnej tak z uregulowaniami polskimi, jak i hiszpańskimi”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z § 4 ust. 3 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) w przypadku zastępowania oświadczeniem dokumentów odnoszących się do wykonawcy, tj. zaświadczenia o nie zaleganiu z podatkami, składkami na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, braku zakazu ubiegania się o zamówienie przez podmiot oraz braku likwidacji lub upadłości, powinien to być kraj, w którym wykonawca ma siedzibę. Przedmiotowe oświadczenia winny być sporządzone przed notariuszem lub właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego.

Dla oświadczenia tego, co jest bezsporne pomiędzy stronami, nie jest wymagane zachowanie formy aktu notarialnego. Powyższe przyznał sam Odwołujący na rozprawie. Oświadczenie takie – w myśl rozporządzenia w sprawie dokumentów – ma być bowiem dokumentem złożonym przed notariuszem, a nie dokumentem sporządzanym w formie aktu notarialnego.

Skoro więc rozporządzenie dla czynności tej nie wymaga formy aktu notarialnego, a czynność ma być jedynie dokonana przed notariuszem oznacza to także, iż może być dokonana w jego obecności (obecności notariusza). Tak więc – w ocenie Izby - kwestionowane oświadczenie niewątpliwie zostało złożone przez osobę uprawnioną do działania w imieniu wykonawcy, przed notariuszem. Wniosek ten wynika z faktu, że osoba uprawniona stawiła się w dniu złożenia oświadczenia przed notariuszem, notariusz poświadczył złożony w jego obecności podpis, tym samym potwierdzając uprawnienie Pana Juana Ignacio E F do reprezentowania Acciona Infraestructuras S.A, w imieniu której to firmy oświadczenie zostało złożone. W treści oświadczenia użyto bowiem sformułowania „wobec reprezentowanej przeze mnie firmy” co niewątpliwie oznacza, iż osoba je składająca była umocowana do działania w imieniu Acciona Infraestructuras S.A. A ponadto oświadczenie

to zostało złożone na papierze firmowym przedmiotowej spółki, co także wskazuje na działanie w jej imieniu. W stopce dokumentu znajdują się jej dane rejestrowe. Okoliczność, iż w świetle polskiego prawa oświadczenie takie składane jest w formie aktu notarialnego nie oznacza, że w świetle prawa hiszpańskiego powyższe nie musi mieć takiej formy. Niemniej jednak stawienie się danej osoby (w tym przypadku Pana Juana Ignacio E F) przed podmiotem zaufania publicznego jakim jest notariusz i złożenie oświadczenia określonej treści, co potwierdził notariusz, jest wystarczającym dla wypełniania wymogów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które nie wskazuje formy aktu notarialnego, jako formy niezbędnej dla skuteczności złożenia takiego oświadczenia. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że to przed tym samym notariuszem – jak podniósł Przystępujący – organ zarządzający Acciona Infraestructuras S.A. udzielił pełnomocnictwa do działania w imieniu spółki Panu Juana Ignacio E F.

Nieuzasadnione i niczym nie poparte jest zatem twierdzenie zawarte w odwołaniu, jakoby działania notariusza były ograniczone jedynie do potwierdzenia autentyczności składanego podpisu. Odwołujący bowiem nie wykazał, iż notariusz nie stwierdził tożsamości osoby składającej oświadczenie, jak również jej uprawnienia do działania w imieniu spółki Acciona Infraestructuras S.A. Są to jedynie przypuszczenia Odwołującego oparte na odwołaniu się do czynności dokonywanych w trakcie czynności sporządzania aktu notarialnego i wyraźnie uwidacznianych w jego treści, nie odnoszące się zupełnie do tego, konkretnego stanu faktycznego. Chybiony jest także zarzut braku tożsamości miejsca złożenia oświadczenia i potwierdzenia autentyczności podpisu, co ma – zdaniem Odwołującego – potwierdzać tezę jakoby nie zostało ono złożone przed notariuszem. Tymczasem Izba stwierdziła, iż w treści przedłożonego dokumentu (górną część dokumentu) wskazano adres Acciona Infraestructuras S.A. i niewątpliwie widnieje tam adres spółki „Alcobendas. Madrid.Espana.”. Notariusz wskazał także, iż należy do „Szacownej Izby Notarialnej w Madrycie, z siedzibą w Alcobendas”. Tym samym nie można stwierdzić braku tożsamości miejsca, tym bardziej, iż na rozprawie ustalono, iż Alcobendas to w istocie dzielnica Madrytu.

Treść oświadczenia jest również niewątpliwa. Z treści oświadczenia wynika bowiem, iż zostało ono sporządzone przed notariuszem. Świadczy o tym tożsamość miejsca i czasu. Nie zostało ono więc przygotowane odrębnie czyli nie w obecności notariusza i jego rola niewątpliwie nie sprowadzała się wyłącznie do poświadczenia autentyczności podpisu pod takim oświadczeniem. Są to jednak wyłącznie przypuszczenia i dywagacje Odwołującego bowiem z taką sytuacją w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia.

Dlatego też Izba uznała, że oświadczenie złożone przez Pana Panu Juana Ignacio E F przed notariuszem w Madrycie w dniu 23 czerwca 2010 r. jest wystarczające w myśl

rozporządzenia w sprawie dokumentów, w tym dla wypełniania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając koszty postępowania od Odwołującego stosownie do art. 186 ust. 4 i ust. 6 pkt 3 litera a) ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....