

Sygn. akt: KIO 1447/11

WYROK

z dnia 21 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2011 r. przez **Centralę Zaopatrzenia Mundurowego INTERMAG Ryszard Czykun Sp.j. w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministra Obrony Narodowej w Warszawie, reprezentowanego przez Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie.**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Centralę Zaopatrzenia Mundurowego INTERMAG Ryszard Czykun Sp.j. w Bydgoszczy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Centralę Zaopatrzenia Mundurowego INTERMAG Ryszard Czykun Sp.j. w Bydgoszczy** tytułem 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 ze zm.) 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, Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej w Warszawie reprezentowany przez Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czapek i furażerek w latach 2011-2013 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 08.03.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 46 -075258.

W dniu 28.06.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty San Marko Sp. z o.o. w Poznaniu jako najkorzystniejszej w części 12 zamówienia oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu w tej części Centrali Zaopatrzenia Mundurowego Intermag Ryszard Czykun Sp.j. w Bydgoszczy (dalej „Intermag”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z niewykazaniem przez tego wykonawcę spełniania wskazanych w uzasadnieniu wykluczenia warunków udziału w postępowaniu, a konkretnie w związku z brakiem przedłożenia oryginału dokumentu potwierdzającego udostępnienie wykonawcy przez podmiot trzeci jego potencjału, przy pomocy którego wykonawca wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a które przedłożono w kopii (dokument w języku angielskim). Ponadto pomimo wezwania do uzupełnienia ww. zobowiązania w formie pisemnej wykonawca uzupełnił jedynie jego tłumaczenie, oryginału zaś nie przedstawił. Tym samym kopia zobowiązania nie spełnia wymogu pisemności, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

W dniu 08.07.2011 Intermag wniosła odwołanie od ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 3, art. 26 ust. 2b i ust. 3, art.

7 i art. 9 ustawy przez bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i zaniechanie wyboru jego oferty jako najtańszej, a także przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. W związku z czym wniesiono o przywrócenie odwołującego do udziału w postępowaniu i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, względnie wezwanie odwołującego do przedłożenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału. Z ostrożności odwołujący wniósł ponadto o unieważnienie wszystkich czynności zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy z uwagi na przewidzianą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) formę dokumentów sprzeczną z ustawą.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż jak wynika z egzegezy postanowień rozdz. VI siwz zamawiający przewidział tam możliwość przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, w tym pisemnego zobowiązania, w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem nie tylko przez wykonawcę, ale i przez podmiot trzeci.

Ponadto w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 31.05.2011 r. zamawiający wskazał jedynie na brak w ofercie tłumaczenia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu odpowiednich zasobów i wezwał tylko do uzupełnienia tego tłumaczenia. Dla odwołującego jasne było, iż uzupełnieniu podlega tylko tłumaczenie zobowiązania, które ma być złożone w formie pisemnej. Skoro zamawiający dopuszczał w siwz złożenie zobowiązania w formie kopii poświadczonej przez wykonawcę lub podmiot trzeci, to nie sposób było odczytać intencje zamawiającego, iż wymaga przedłożenia oryginału anglojęzycznego zobowiązania.

Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powinien jednoznacznie wskazać jakie braki występują w złożonych dokumentach, określając szczegółowo zakres żądania. Konsekwencją nieprecyzyjnego wezwania może być sytuacja, w której wykonawca uzupełni dokumenty w zakresie innym niż faktycznie oczekiwany i wymagany przez zamawiającego, ale wyraźnie nie wyartykułowany – tak wyrok KIO z 2010-07-14, sygn. akt KIO/1359/10.

Zamawiający nie kwestionował przedłożonego zobowiązania pod względem merytorycznym, a jedynie zakwestionował formę jego złożenia, którą sam ustalił w rozdziale VI ust.6 ust. 3 i 5 siwz. Wobec czego zamawiający dokonał oceny ofert niezgodnie z postanowieniami siwz, przy czym nie zaznaczył w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, iż zmienia swoje wymagania w tym przedmiocie i żąda dokumentów w formie innej niż przewidział w siwz.

Ponadto odwołujący wskazał, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami i orzecznictwem sądów powszechnych oraz KIO dla zachowania formy pisemnej należy złożyć podpis pod danym oświadczeniem. Przy czym podpisane oświadczenie może występować w formie oryginału oraz w formie poświadczonej notarialnie kopii co jest równoznaczne z oryginałem. Tymczasem z dniem 1 stycznia 2010 roku weszła w życie ustawa z dnia 23 października 2009 roku o zmianie ustaw w zakresie uwierzytelniania dokumentów (Dz. U. nr 216, poz. 1676). Akt ten miał na celu odformalizowanie i przyspieszenie postępowań: cywilnego, administracyjnego, sądowo-administracyjnego i podatkowego. Rozszerzono katalog podmiotów uprawnionych do uwierzytelniania dokumentów. Obecnie zarówno notariusz jak i profesjonalny pełnomocnik (radca prawny, adwokat) może poświadczyć za zgodny z oryginałem odpis dokumentu, na który powołuje się strona w danym postępowaniu. Poświadczenie „za zgodność z oryginałem” w sposób przewidziany prawem zrównuje w skutkach „kopię” z „oryginałem”.

Ponadto wskazano, iż w piśmie z dnia 28.06.2011 r. zamawiający odrzucenie oferty Intermag uzasadnił złożeniem przez wykonawcę kopii zobowiązania w języku angielskim poświadczonej za zgodność z oryginałem zamiast oryginału zobowiązania. Wskazuje to na fakt, iż zamawiający nie kwestionuje podmiotu, który dokonał poświadczenia, ale samą czynność niedopuszczalności poświadczenia kserokopii, która prawdopodobnie zdaniem zamawiającego nie ma rangi oryginału. Zdaniem odwołującego oznaczało to, iż zamawiający niewłaściwie interpretuje pojęcie formy pisemnej.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale VI siwz pt. „Oferta oraz dokumenty wraz z nią składane”, na str. 4 z 12, zawarto „UWAGI:”, gdzie w punkcie oznaczonym lit. a) wskazano:

„Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, jest zobowiązany do udowodnienia w składanej ofercie, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”

Dalej w rozdz. VI siwz, w pkt 6 pt. „Forma składanych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów” wskazano:

„[...]”

1) formularz „Oferty” oraz oświadczenie, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 (oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – przyp. Izby) muszą być złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności;

2) dokument, z którego wynikać będzie zakres umocowania musi być złożony w formie: oryginału, poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem kopii, sporządzonego przez notariusza odpisu lub wyciągu z dokumentu;

3) wszystkie pozostałe dokumenty i oświadczenia, o których mowa w niniejszym Rozdziale, muszą być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentowania Wykonawcy);

4) wszystkie dokumenty sporządzone w języku obcym muszą zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski;

[...]”

Do oferty odwołującego załączono kopię deklaracji Goldtop Hat&Fashion Co. Ltd. w Yiwu City, Chiny z dnia 08.04.2011 r. o gotowości udostępnienia wszelkiej pomocy, w tym „know-how” w przedmiocie produkcji zimowych czapek dzianych, poświadczoną za zgodność z oryginałem przez p. Ryszarda Czykun (karta 280 – str. 2 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego). Deklarację złożono w języku angielskim, tłumaczenia do oferty nie załączono.

W dniu 31.05.2011 r. przekazano do Intermag wezwanie (karta 206 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego) do uzupełnienia dokumentów o następującej treści:

„[...]”

Zgodnie z uwagą zamieszczoną w Rozdziale VI ust. 2 SIWZ, Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany był do „udowodnienia w składanej ofercie, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Ponadto zgodnie z Rozdziałem VI ust. 6 pkt.4, wszystkie dokumenty sporządzone w języku obcym muszą zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

W wyniku przeprowadzonej oceny złożonej oferty stwierdzono brak tłumaczenia na język polski zobowiązania podmiotu GOLDTOP HAT & FASHION Co., LTD. Do oferty załączyliście Państwo kopię zobowiązania w/w podmiotu w języku angielskim poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Pana Ryszarda Czykuna.

Agencja, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywa Państwa do uzupełnienia zobowiązania podmiotu - GOLDTOP HAT & FASHION Co., LTD, w formie pisemnej, do oddania Państwu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zgodnie uwagą, zamieszczoną w Rozdziale VI ust. 2 SIWZ oraz Rozdziałem VI ust. 6 pkt. 4 SIWZ.

[...]”

Przy piśmie z dnia 03.06.2011 r. Intermag przekazała zamawiającemu tłumaczenie (karta 208) ww. deklaracji na język polski podpisane przez pana Ryszarda Czykun. Oryginału deklaracji do pisma nie załączono.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Następnie przepis art. 9 ust. 1 ustawy stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp 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.

W pierwszej kolejności wskazać należy na formalny charakter przesłanki wykluczenia z postępowania zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – dla jej zaistnienia wymagane jest stwierdzenie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z wymaganiami ustawy lub zamawiającego.

Wymagania ustawy w zakresie posłużenia się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu potencjałem podmiotu trzeciego, w szczególności sposób wykazania udostępnienia takiego potencjału, określono w powoływanym przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W świetle dyspozycji ww. przepisu wskazanym przykładowo środkiem dowodowym dla wykazania dysponowania udostępnionym potencjałem jest pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Wymagana forma pisemna tego typu zobowiązania określona w ustawie nie budzi wątpliwości – została wprost wskazana w przepisie ustawowym, jak też nie odnoszą się do niej przepisy aktów wykonawczych do ustawy. Ponadto znajduje oparcie w ogólnej zasadzie prowadzenia postępowań wyrażonej w art. 9 ust. 1 Pzp.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w ustalonej linii orzeczniczej Izby – zobowiązanie podmiotu trzeciego winno zostać przedłożone w oryginale z jego podpisem (forma pisemna lub do niej równoważne – np. elektroniczna z bezpiecznym, certyfikowanym podpisem, poświadczenie notarialne), zastrzeżonej co prawda jedynie dla celów dowodowych, jednakże zastrzeżenie to wywołuje również skutki w postaci braku zgodnego z ustawą wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zresztą wynikający z przepisów ustawy wymóg przedstawienia ww. zobowiązania w oryginale, jak wynika z deklaracji odwołującego składanych na rozprawie, nie jest przez niego kwestionowany. Odwołujący jednakże wskazuje w tym zakresie na znaczenie postanowień siwz, dopuszczających inne formy jego przedłożenia niż wymagana w ustawie, tj. niemożność stwierdzenia, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu skoro postępował zgodnie z siwz. Podnosi również konieczność uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp przez precyzyjne wezwanie do uzupełnienia konkretnie wskazanego dokumentu, którego przedłożenia zamawiający wymagał i którego brak w ofercie

stwierdził, jako warunkującego możliwość zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a którego to obowiązku zamawiający miał nie dopełnić.

Odnosnie powyższego Izba wskazuje, iż nie podziela stanowiska odwołującego zarówno w sprawie znaczenia postanowień siwz dotyczących formy składanych dokumentów, a także w przedmiocie treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, które skierował doń zamawiający.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi normę bezwzględnie obowiązującą, która dla wywarcia skutków prawnych z normy wynikających wcale nie musi być transponowana do postanowień siwz. Tym samym zobowiązanie podmiotów trzecich winno zostać złożone w formie określonej ustawą, a nie ewentualnie wskazanej przez zamawiającego. Każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne winien znać przepisy prawa, które jego statusu i udziału w postępowaniu dotyczą.

W związku z powyższym Izba nie rozstrzygała czy zamawiający w rzeczywistości w treści swojej siwz dopuścił złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, czy też zamieszczona uprzednio „Uwaga”, w której wskazał na pisemność zobowiązania, stanowiła wyłączenie w stosunku do postanowień rozdz. VI, pkt 6, ppkt 3) siwz..

Odnosząc się natomiast do wezwania do uzupełnienia dokumentów jakie skierował zamawiający do odwołującego, Izba wskazuje, iż w jego treści dokładnie opisano stan faktyczny zastany w ofercie odwołującego. Zamawiający wskazał przy tym, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało przedłożone przez odwołującego w formie kopii poświadczonej przezeń za zgodność z oryginałem, co jest równoznaczne ze wskazaniem braku pisemnego zobowiązania. Ponadto zamawiający literalnie wskazał, iż żąda uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazując przy tym, iż zobowiązanie to ma być przedłożone zgodnie z ww. „Uwagą”, gdzie wskazano jego formę, a także z postanowieniami siwz wymagającymi przetłumaczenia obcojęzycznych dokumentów przedkładanych w postępowaniu, a więc również przedłożenia jego tłumaczenia. Tym samym uznać należało, iż zamawiający dał wykonawcy możliwość uzupełnienia stosownych dokumentów potwierdzających możliwość korzystania

z potencjału podmiotu trzeciego, wzywając go do uzupełnienia pisemnego zobowiązania do powyższego i wskazując na jego brak.

W związku z powyższym Izba nie potwierdziła naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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: