

Sygn. akt KIO 1891/10

WYROK
z dnia 17 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRIAS S.A., Evans & Sutherland Computer Corporation, adres pełnomocnika: 87-100 Toruń, ul. Równinna 11/13** od czynności zamawiającego **Centrum Nauki KOPERNIK, 00-640 Warszawa, ul. Mokotowska 17**

przy udziale **Sky – Skan Europe GmbH 81675 München, Einsteinstrasse 28** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRIAS S.A., Evans & Sutherland Computer Corporation, adres pełnomocnika: 87-100 Toruń, ul. Równinna 11/13 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) - wpis uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRIAS S.A., Evans & Sutherland Computer Corporation, adres pełnomocnika: 87-100 Toruń, ul. Równinna 11/13.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Nauki Kopernik - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „p.z.p”, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa, instalacja i uruchomienie aparatury i wyposażenia Planetarium Centrum Nauki Kopernik.

23 sierpnia 2010 r. zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Sky - Skan Europe GmbH w München.

Wobec dokonanego wyboru wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 września 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Sky - Skan Europe GmbH pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- art. 26 ust. 3 p.z.p. przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów Sky - Skan Europe GmbH;
- art. 26 ust. 4 p.z.p. przez zaniechanie wyjaśnień dotyczących dokumentów Sky - Skan Europe GmbH;
- art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia Sky - Skan Europe GmbH pomimo, złożenia nieprawdziwych informacji mających, lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
- art. 87 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie wyjaśnienia niezgodności oferty Sky - Skan Europe GmbH z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „siwz”;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty Sky - Skan, pomimo jej niezgodności z wymaganiami siwz;
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał, że zaświadczenie o niekaralności wydane w Republice Federalnej Niemiec dotyczące p. Glenn N. S nie odpowiada dokumentowi wydawanemu w Polsce. Odwołujący wywiódł, że w niemieckim rejestrze skazanych ujawnia się wpisy tylko w przypadku, gdy sąd orzeka karę pozbawienia wolności przekraczającą trzy miesiące lub karę grzywny, przekraczającą 90 stawek dziennych, zatem jedynym dokumentem, który w sposób pełny będzie poświadczał niekaralność danej osoby, będzie jej oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Odwołujący podniósł, że ta sama osoba, która będzie miała miejsce zamieszkania w Polsce i będzie skazana w Polsce za te same przestępstwa - nie będzie mogła brać udziału w przetargach z uwagi na to, że w zaświadczeniu z Krajowego Rejestru Karnego będzie uwidoczniła kara i fakt jej zawieszenia. Sytuacja taka jest niedopuszczalna, ponieważ prowadzi do dyskryminacji podmiotów krajowych i wprowadza bezzasadne uprzywilejowanie podmiotów z terenu Republiki Federalnej Niemiec. Odwołujący ocenił, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 p.z.p. nie wzywając do uzupełnienia oświadczenia p. Glenn H. S oraz art. 26 ust. 4 p.z.p., nie wyjaśniając kwestii możliwości wydawania dokumentów - zaświadczeń o niekaralności - w miejscu zamieszkania p. Stevena T. S.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Sky - Skan Europe GmbH odwołujący zarzucił, że wybrany wykonawca:

1. wbrew wymaganiu zawartemu w pkt. 6.11.3 siwz nie zaoferował wraz z aparatem cyfrowym DSLR typu „full frame” kart 16 GB i wizjera kąтового;
2. zaoferował statyw niezgodny z wymaganiem zamawiającego z pkt 6.11.3 siwz;
3. nie zaoferował wbrew wymaganiu pkt 6.11.3 siwz plecaka na aparat mieszczący aparat wraz z kilkoma obiektywami;
4. nie podał nazwy i modelu dostarczanego UPS wymaganego w pkt 6.13 siwz, zatem nie określił jednoznacznie oferowanego urządzenia;
5. nie podał modelu trzech oferowanych trzech przełączników sieciowych uniemożliwiając ocenę zgodności z wymaganiami pkt 6.13 siwz;
6. nie zaoferował modułu SFP - pomimo wymogu wynikającego z pkt 6.13 siwz;
7. podał tylko nazwę producenta oferowanej klimatyzacji i określił, że będzie to system multisplit, podczas, gdy zamawiający w pkt 6.13 siwz wymagał zaoferowania systemu klimatyzacji do pracy ciągłej mocy chłodniczej zapewniającej utrzymanie stałej temperatury 19 stopni Celsjusza zarówno dla serwerowni głównej Planetarium, jak i dla serwerowni na antresoli;
8. zaoferowanie instalacji - systemu typu multisplit jest sprzeczne z treścią siwz - załącznikiem nr 6 do siwz - projektem instalacji wentylacyjnej.

Sky - Skan Europe GmbH przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwoływającemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem posiedzenia zamawiający złożył odpowiedź na odwołania (pismem z 1 września 2010 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 2.1. zamawiający ustalił, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim. Zamawiający postanowił, że udostępni anglojęzyczną wersję siwz dla celów informacyjnych i wyraził zgodę na złożenie oferty, oświadczeń i innych dokumentów w języku angielskim. Zastrzegł również, że wszelkie oświadczenia i dokumenty sporządzone w językach innych, niż język polski lub język angielski muszą być złożone wraz z tłumaczeniami na język polski lub angielski.

W aktach sprawy znajduje się siwz w językach polskich i angielskim.

Przystępujący złożył ofertę w języku angielskim.

Okolicznością bezsporną jest, że w ofercie przystępującego (str. 23) znajduje się Führungszeugnis wystawione przez Bundesamt für Justiz w Bonn w celu potwierdzenia, że w stosunku do p. Glenn Harwella S o nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p. Niesporne jest również, że oferta przystępującego zawiera oświadczenie złożone przed notariuszem w Nashua, USA przez p. Stevena T. S w celu potwierdzenia, że nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.

Pismem z 6 września 2010 r. zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3) p.z.p. w treści jego oferty nieistotnej omyłki polegającej na braku wyszczególnienia oddzielnego plecaka do aparatu. Przystępujący pismem z 9 września 2010 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłek.

Przywołane dokumenty znajdują się w formie kopii w aktach sprawy i zostały okazane w oryginale przez zamawiającego na rozprawie.

Do zamknięcia rozprawy odwołujący nie złożył tłumaczenia oferty na język polski – oświadczył, że nie dysponuje takim tłumaczeniem.

Na rozprawie odwołujący złożył opinie wydane przez P.U.P.H. „AMIGO” Sp. z o.o. w Katowicach oraz mgr inż. Pawła D na okoliczność braku zgodności z wymaganiami siwz.

Zamawiający przedstawił pismo Manfrotto Distribution Limited z tłumaczeniem na język polski na okoliczność zgodności oferowanego statywu z wymaganiami siwz.

Odwołujący wniósł o powołanie biegłego na okoliczność braku możliwości osiągnięcia wymaganej konfiguracji przez oferowany przez przystępującego system klimatyzacji.

Z protokołu ZP-1 wynika, że cena oferty przystępującego wynosi 11.995.371, 84 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po ofercie przystępującego, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty ekspektatywy uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego dokumentu potwierdzającego brak skazania p. Glenn Harwell S za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p. okoliczność sporną stanowi, czy Führungszeugnis wystawione przez Bundesamt für Justiz w Bonn stanowi dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.

Art. 24 ust. 1 pkt 8 p.z.p. stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Stosownie do § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, który został przytoczony w siwz, jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące

niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Przywołany przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów ustala, iż wykonawca w pierwszej kolejności obowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członka zarządu. Dokument taki przystępujący złożył, co jest niesporne.

Pozostaje odniesienie się do kwestii węższego zakresu zaświadczeń o niekaralności wydawanych w Republice Federalnej Niemiec w stosunku do zakresu, jaki obejmują informacje z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, twierdzenia odwołującego, że w Führungszeugnis nie ujawnia się skazania na przestępstwa w przypadku wymierzenia kary mniejszej, niż 90 dniówek. W ocenie Izby uznać należy, że sformułowanie „w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4) – 8)”, zawarte w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że podstawę wydania zaświadczenia stanowi katalog wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p. bez względu różnice wynikające z porządku prawnego poszczególnych państw.

W przywoływanym postanowieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach. W przepisach dotyczących zamówień publicznych brak jest jakichkolwiek podstaw dla zamawiającego do badania i porównywania zakresu przedmiotowego dokumentów urzędowych wystawionych w różnych porządkach prawnych.

Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy i konieczności przedkładania wyłącznie dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie sposób bowiem rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko wywodzonej przez odwołującego różnicy w wysokości kary, powodującej, że skazanie ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien co najmniej ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. Analiza komparatystyczna regulacji prawnych państwa pochodzenia wykonawców uczestników polskiego rynku zamówień publicznych nie leży w kompetencjach Izby.

Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, a także pewność obrotu wymagają uznania prymatu, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie osoby. Podkreślić należy, że oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa (*verba legis* „dokumentu nie wydaje się”). Takie rozumienie przepisu jest zgodne z założeniem racjonalności ustawodawcy. Nie sposób bowiem przyjąć, że racjonalny ustawodawca, implementując do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 2004/18/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.

W tym miejscu powołać należy postanowienia art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy stanowiący, że wyciąg z rejestru sądowego stanowi wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z wymienionych przypadków (odpowiadających katalogowi przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.)

Izba uznała, że zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Bundesamt für Justiz stanowi dokument potwierdzający, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.

Prezentowana interpretacja § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów znalazła wyraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1668/10).

Zarzut dotyczący oświadczenia złożonego przed notariuszem przez p. Stevena T. S nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący nie podnosił na rozprawie, nie wykazał, że w Stanach Zjednoczonych Ameryki wydaje się zaświadczenia potwierdzające, że członek zarządu osoby prawnej nie został skazany za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.

Zarzuty dotyczące treści oferty przystępującego nr 1 – 2 oraz 4 – 8 Izba uznała za nieudowodnione. Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny. Podczas postępowania przed Izbą strony, zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p., są zobowiązane aż do zamknięcia rozprawy wskazywać dowody dla faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania - art. 191 ust. 2 p.z.p. Dla oceny zarzutów dotyczących oferty przystępującego niezbędna jest znajomość jej treści. § 19 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stanowi, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, co do niezgodności treści oferty przystępującego z treścią siwz, nie przedstawił tłumaczenia oferty przystępującego na język polski. Tym samym ocena 7 zarzutów opartych na treści oferty nie była możliwa.

W takim stanie sprawy, opinie, stanowiące dokumenty prywatne, złożone na rozprawie przez zamawiającego oraz odwołującego, pozostają bez znaczenia dla możliwości oceny zarzutów. Należy zauważyć, że § 19 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania nie znajduje zastosowania. Przywołany przepis stanowi, że w uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Uzasadnienie takiego żądania składu orzekającego stanowią jednak wątpliwości, co do tłumaczenia przedstawionego przez stronę lub uczestnika. Izba nie może zastępować aktywności strony, która nie przedstawia podstawowego dowodu umożliwiającego ocenę zarzutów, mimo że powinna i mogła była to uczynić. Z powołanych powodów, Izba oddaliła również złożony na rozprawie wniosek o powołanie biegłego.

Izba rozpoznała zarzut nr 3 wobec treści oferty przystępującego w oparciu o art. 190 ust. 5 zd. 2 p.z.p. Okoliczność poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p. jest niesporna między stronami i znajduje potwierdzenie w aktach sprawy. Czynność poprawienia treści oferty Izba uznała za prawidłową. Pominięcie plecaka na aparat fotograficzny należy uznać za niezamierzoną omyłkę, błąd. Błąd ten wobec rozmiarów zamówienia, oraz hipotetycznej wartości plecaka w stosunku do ceny oferty przystępującego ma charakter nieistotny. Spełnione zostały przesłanki zawarte w art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p.

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p. oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. 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:

.....

Członkowie

.....

.....