

Sygn. akt: KIO 1364/11

WYROK
z dnia 12 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Budizol Sp. z o.o. S.K.A (pełnomocnik), 2. LUMEN Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Komunalna 8, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Miejską Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie oceny wniosków z uwzględnieniem konsekwencji oświadczenia o miejscu zamieszkania członka zarządu LUMEN Polska Sp. z o.o. z dnia 9 kwietnia 2011 r., załączonego do pisma z dnia 20 maja 2011 r., będącego odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 maja 2011 r.;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek** 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: 1. Budizol Sp. z o.o. S.K.A (pełnomocnik), 2. LUMEN Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Komunalna 8, 87-800 Włocławek tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Budizol Sp. z o.o. S.K.A (pełnomocnik), 2. LUMEN Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Komunalna 8, 87-800 Włocławek kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 we **Włocławku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Miasta Włocławek (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa przystani wodnej na rzece Wiśle”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 15 marca 2011 r., poz. 2011/S 51-083430. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 27 czerwca 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budizol Sp. z o.o. S.K.A (pełnomocnik) oraz LUMEN Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wykluczenia ich z postępowania i zarzucili Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych - poprzez uznanie, wbrew wyczerpującym wyjaśnieniom Odwołującego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do jego bezpodstawnego zastosowania i wykluczenia Odwołującego z Postępowania; 2) art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 1 pkt 5) 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 (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817; dalej: Rozporządzenie) poprzez przyjęcie, iż p. Petr N., pełniący funkcję członka Zarządu spółki Lumen sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zobowiązany był do przedstawienia informacji o jego niekaralności wystawionej przez odpowiedni organ Republiki Czeskiej w sytuacji, gdy p. Petr N. mieszka i pracuje we Wrocławiu; 3) art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania celem jednoznacznego wyjaśnienia treści dokumentu poprzez ewentualne zwrócenie się do Odwołującego z wnioskiem o przedstawienie kolejnych dowodów na okoliczność wyjaśnienia faktycznego miejsca zamieszkania p. Petera N.; 4) art. 24 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wskazania podstawy faktycznej, dowodów, na których Zamawiający ewentualnie oparł swoje twierdzenie, iż p. Petr N. mieszka w miejscowości Kamenny Ujezd w Republice Czeskiej, a w konsekwencji utwierdził się w przekonaniu, iż informacja p. Petra N. dostarczona przez Krajowy Rejestr Karny jest nieodpowiednia tytułem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wyczerpujące

wyjaśnienia Odwołującego, poparte licznymi dowodami, wyraźnie przeczą stanowisku Zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A. (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Stosownie do przepisów Rozporządzenia, jedynym kryterium determinującym właściwość organu, który może wystawić wymaganą przepisami Prawa zamówień publicznych informację o niekaralności osób jest miejsce zamieszkania. Miejscem zamieszkania, zgodnie z art. 25 Kodeksu cywilnego, jest miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu; na miejsce zamieszkania składają się dwa elementy: pierwszy - obiektywny - pobyt stały w danej miejscowości oraz drugi - subiektywny – w postaci uzewnętrznienia zamiaru, woli pobytu w tejże miejscowości. Łączne występowanie tych elementów pozwala wskazać daną miejscowość jako centrum życiowej aktywności osoby, w którym koncentrują się jej interesy osobiste i majątkowe. Pobyt stały polega na faktycznym przebywaniu, zamieszkiwaniu w danej miejscowości. Zamieszkanie połączone jest zwykle z określonym tytułem prawnym do lokalu i posiadaniem w nim przedmiotów niezbędnych do materialnej egzystencji. Składnikiem pobytu stałego jest realizowanie w danej miejscowości obiektywnie sprawdzalnej aktywności życiowej (rodzinnej, zawodowej, społecznej). Ponadto Odwołujący podnosił, iż o ile zamieszkiwanie danej osoby jest stanem faktycznym, o tyle zameldowanie stanowi już akt administracyjny, który nie przesądza o miejscu zamieszkania. Nie można zatem w żadnym wypadku wywodzić z miejsca zameldowania domniemania zamieszkiwania danej osoby w określonej miejscowości pod określonym adresem. Odwołujący - odnosząc powyższe wywody do sytuacji p. Petra N., który czyniąc zadość wymogom przepisów Prawa zamówień publicznych, jak i Rozporządzenia, złożył informację z polskiego KRK - podkreślał, iż w dacie upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i w okresie poprzedzającym tę datę, p. Petr N. mieszkał we Wrocławiu, sprawując funkcję Prezesa Zarządu spółki Lumen Polska sp. z o.o. Świadczą o tym załączone do wyjaśnień z dnia 20 maja br. oświadczenia złożone przez członków Zarządu spółki Lumen Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz p. Petra N., oraz dalsze dokumenty, załączone do odwołania: 1) umowa zawarta pomiędzy p. Petrem N. a spółką TAURON Sprzedaż sp. z o.o. z 12 stycznia 2011 roku na dostawę energii elektrycznej; 2) umowa zawarta pomiędzy p. Petrem N. a MPWIK sp. z o.o. we Wrocławiu z 20 stycznia 2011 roku dotycząca zaopatrzenia w wodę i odprowadzanie ścieków; 3) umowa zawarta pomiędzy PGNIG S.A. we Wrocławiu a Petrem N. z 12 stycznia 2011 roku dotycząca

dostarczania paliwa gazowego; 4) umowa nabycia nieruchomości zabudowanej budynkiem mieszkalnym posadowionym na nieruchomości położonej we Wrocławiu przy ul. Ślusarskiej 1, zawartej w formie aktu notarialnego, sporządzonego przez Bartosza Rajewicza - asesora notarialnego, zastępcy notariusza Wojciecha Kamińskiego, Rep A Nr 23252; 5) decyzja Prezydenta Wrocławia z 14 marca 2011 roku nr WPO.II-DO-3110/167589/1 w sprawie wymiaru podatku od nieruchomości za 2010 rok; 6) decyzja Prezydenta Wrocławia z 14 marca 2011 roku nr WPO.II-DO-3110/167590/1 w sprawie wymiaru podatku od nieruchomości za 2011 rok.

Ponieważ Zamawiający wykluczył Odwołującego, z powołaniem się na podstawę faktyczną w postaci treści zaświadczenia z KRK w zakresie odnoszącym się do miejsca zamieszkania p. Petra N., Odwołujący podnosił, iż informacja z KRK mimo, iż jest dokumentem urzędowym, to stanowi jedynie dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone: organ wydający informację o p. Petrze N. w zakresie niekaralności zaświadczył jedynie, iż nie figuruje on w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego na dzień 14 lutego 2011 roku oraz 6 kwietnia 2011 roku. Natomiast nie było, zdaniem Odwołującego, podstaw do przyjęcia, iż organ KRK wydający informację o p. Petrze N. jednocześnie zaświadczył, iż mieszka on w Kamennym Ujeździe na terenie Republiki Czeskiej, KRK nie weryfikuje bowiem miejsca zamieszkania petentów, którzy się doń zgłaszają.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania, i zasądzenie kosztów, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, dołączając stosowny rachunek.

Zamawiający na rozprawie podnosił, że ze wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego oraz w toku postępowania odwoławczego, poza oświadczeniem z dnia 9 kwietnia 2011 r., wynika, że pan Petr N. zamieszkuje w Czechach. Wynika to mianowicie nie tylko z adresu podanego w formularzu KRK, ale również z umowy nabycia nieruchomości we Wrocławiu, w której w pkt 5 na str. 1 znajduje się informacja, że p. Petr N. „według oświadczenia zamieszkałego” i podano adres w Czechach.

Ponadto Zamawiający zauważał, że umowy o odbiór mediów załączone do odwołania podają, jako adres korespondencyjny, albo adres pani Gabrieli Kozłowskiej (pełnomocnika) albo adres spółki LUMEN, a zatem również nie potwierdzają zamieszkania pana Petra N. we Wrocławiu.

Reasumując, żaden z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego nie wskazuje w ocenie Zamawiającego, że pan Petr N. zamieszkuje we Wrocławiu.

W odpowiedzi na skierowane do Zamawiającego pytanie przewodniczącej, jakim dokumentem można poświadczyć miejsce zamieszkania pana Petra N. we Wrocławiu

Zamawiający odpowiedział, że za taki dokument uznałby zaświadczenie z KRK wypełnione w sposób zgodny z miejscem zamieszkania i złożonym oświadczeniem.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, a dodatkowo wskazał, że jedyny dokument, z którego mogłoby wynikać miejsce zamieszkania na terenie Polski, to deklaracje PIT od dochodów, ponieważ podatek od dochodów osobistych jest płacony w miejscu, gdzie znajduje się centrum interesów życiowych lub gospodarczych.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena wniosków, a Odwołujący, jako nieprawidłowo wykluczony z postępowania mógłby - po weryfikacji przez Izbę decyzji Zamawiającego - wziąć udział w dalszym postępowaniu, wówczas miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba, badając zarzuty podniesione w odwołaniu, ustaliła, co następuje:

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli do złożenia m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Prawa zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do którego dołączył m.in. informację z KRK dla p. Petra N. - członka Zarządu spółki Lumen Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - jednego z wykonawców wchodzących w skład Odwołującego.

Pismem z 5 maja 2011 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o uzupełnienie informacji o niekaralności p. Petra N. z uwagi na fakt, iż Zamawiający uznał na podstawie badania treści informacji z KRK, że p. Petr N. mieszka w Kamennym Ujeździe (Republika Czeska), co implikuje konieczność złożenia przez p. Petra N. informacji o niekaralności wystawionej przez właściwy organ sądowy lub administracyjny Republiki Czeskiej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący pismem 20 maja 2011 roku poinformował Zamawiającego, iż dokument z KRK zaświadcza o niekaralności p. Petra N. jest dokumentem prawidłowym i wystarczającym do wykazania, iż wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z Postępowania,

ponieważ p. Petr N. sprawuje od 10 lat funkcję Prezesa Zarządu spółki Lumen Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i od 10 lat mieszka w tym mieście. Odwołujący wyjaśnił, iż na terytorium RP p. Petr N. posługuje się swoim dokumentem tożsamości, w którym widnieje adres zameldowania (tzn. czeski dowód osobisty). Poinstruowany przez polskiego urzędnika o sposobie wypełnienia druku „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” wpisał do wniosku dane z dokumentu tożsamości bowiem, jak to wyjaśnił urzędnik, nie ma to żadnego znaczenia dla sposobu oraz skuteczności wyszukiwania informacji o osobie w polskim KRK. Ponadto, niezależnie od wyjaśnień Odwołującego do pisma z 20 maja 2011 roku dołączone zostały oświadczenia członków Zarządu spółki Lumen Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, co do miejsca zamieszkania p. Petra N.

Pismem z 17 czerwca 2011 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania. Zamawiający podtrzymał swoje zastrzeżenia w stosunku do informacji z KRK dotyczącej p. Petra N.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba w całości podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego i stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 25 Kodeksu cywilnego, miejscem zamieszkania jest miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Posiadanie „zamiaru stałego pobytu” trudno wykazać za pomocą jakichkolwiek dokumentów, poza oświadczeniem własnym danej osoby oraz oświadczeniem osób, które mogą potwierdzić pobyt (zamiar pobytu) danej osoby w określonej miejscowości. Oświadczenia tego rodzaju Odwołujący załączył już do pisma z dnia 20 maja 2011 r., będącego odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 maja 2011 r., i dlatego Izba nie uznała za konieczne przeprowadzanie dowodu z dalszych dokumentów, załączonych przez Odwołującego do odwołania (umowa nabycia nieruchomości, deklaracje podatkowe z nią związane itd.), ponieważ posiadanie przez daną osobę nieruchomości we Wrocławiu nie musi przesądzać, że osoba ta posiada „zamiar stałego pobytu” we Wrocławiu, aczkolwiek rzeczywiście tytuł prawny dysponowania daną nieruchomością w tym mieście może uprawdopodobniać „zamiar stałego pobytu”. W ocenie składu orzekającego za dokument potwierdzający miejsce zamieszkania nie może być uznane zaświadczenie z KRK, jak postulował Zamawiający – rację miał bowiem Odwołujący, że zaświadczenie z KRK potwierdza wyłącznie niekaralność/karalność danej osoby, a nie miejsce zamieszkania. Faktem znanym z powszechnego doświadczenia jest, że w formularzach urzędowych w rubryce „miejsce zamieszkania” zwyczajowo wpisuje się adres, wynikający z dokumentu tożsamości, którym dana osoba się posługuje, a więc z reguły jest to „miejsce zameldowania”, bowiem jest to

dodatkowy element pozwalający na identyfikację danej osoby. Taka sama prawdopodobnie była przyczyna umieszczenia w aktach notarialnych dotyczących p. Petra N. adresu czeskiego – zresztą sformułowanie „zam.” (jak na stronie pierwszej aktu notarialnego z dnia 3 czerwca 2011 r.) może równie dobrze oznaczać adres zamieszkania, jak adres zameldowania.

Z pewnością nie można uznać za okoliczność wskazującą na inne miejsce zamieszkania, niż we Wrocławiu, podanie adresu do korespondencji pełnomocnika bądź zakładu pracy, na co powoływał się Zamawiający. Niewykluczone, że osoba obcojęzyczna decyduje się powierzyć prowadzenie spraw urzędowych osobie dobrze znającej język polski w celu usprawnienia kontaktów z urzędami; z kolei podanie jako adresu do korespondencji adresu zakładu pracy również nie jest zjawiskiem nadzwyczajnym – znacznie bowiem ułatwia odbiór listów poleconych (dzięki pośrednictwu zakładu pracy nie jest konieczna osobista wizyta w placówce pocztowej po otrzymaniu powiadomienia o dostarczeniu przesyłki „awizo”).

Wydaje się, że ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani Zamawiający nie są uprawnieni do żądania dalszych dowodów, poza oświadczeniem, o miejscu zamieszkania. Z pewnością szersze kompetencje mają organy podatkowe, ale miejsce rezydencji podatkowej nie w każdym wypadku musi być tożsame z miejscem zamieszkania. Oczywiście stanem idealnym byłoby, gdyby adres zamieszkania pokrywał się z adresem zameldowania i byłby również miejscem rezydencji podatkowej osoby fizycznej – jednak taka sytuacja nie jest wskazana w Prawie zamówień publicznych jako obligatoryjna (nie ma przepisu warunkującego ubieganie się o zaświadczenie z KRK opłacaniem podatku dochodowego w Polsce), zatem brak podstaw do badania, czy zostały dopełnione obowiązki meldunkowe i podatkowe w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych. W konsekwencji, w ocenie Izby, nie można było żądać od Odwołującego - na dowód miejsca zamieszkania - deklaracji podatkowych p. Petra N., jak postulował Przystępujący.

Reasumując, oceniając spełnienie warunków udziału przez Odwołującego, Zamawiający winien był poprzestać na oświadczeniu o miejscu zamieszkania. Ewentualne wątpliwości Zamawiającego mogła budzić rozbieżność między treścią tychże oświadczeń, a wskazaniem miejsca zamieszkania w formularzu zaświadczenia KRK, jednak wątpliwości w tym zakresie zdaniem Izby zostały wyjaśnione przez Odwołującego w piśmie z dnia 20 maja 2011 r., będącego odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 maja 2011 r.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych i dlatego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....