

Sygn. akt: KIO 1372/13

POSTANOWIENIE
z dnia 25 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 25 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę Toshiba Europe GmbH z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec, w Neuss Hammfelddamm 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2**

przy udziale **wykonawcy Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec w Nonnendammallee 101 (Wittelsbacher Platz 2) Berlin (Munich)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1372/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Toshiba Europe GmbH z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec, w Neuss Hammfelddamm 8** 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 2010 r. 113, poz. 759 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 nieograniczonego na zakup 8 maszyn do sortowania przesyłek standardowych zostało wszczęte przez zamawiającego Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2, ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2013r. za numerem 2013/S 053-087043.

W dniu 29 maja 2013r. zamawiający drogą elektroniczną powiadomił wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec w Nonnendammallee 101 (Wittelsbacher Platz 2) Berlin (Munich) – dalej przystępujący.

Z tą czynnością nie zgodził się wykonawca Toshiba Europe GmbH z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec, w Neuss Hammfelddamm 8 – dalej odwołujący i wniósł w dniu 7 czerwca 2013r. pisemne odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy i art.24 ust.2 pkt.4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępujący z przedmiotowego postępowania w związku z nie wykazaniem przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego;
- 2) z ostrożności odwołujący wskazuje ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z art. 25 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy to jest naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnej z SIWZ oraz niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, prawidłowej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert, (łącznie ilość punktów: 88,61 na 100 możliwych), tuż za ofertą uznaną za najkorzystniejszą to jest ofertą przystępującego i w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji:

1. Unieważnienie czynności wyboru ofert;
2. Nakazanie powtórzenia czynności oceny i badania ofert przez zamawiającego, w tym wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentu zaświadczonego braku otwarcia jego likwidacji lub postawienia w stan upadłości na dzień składania ofert;

3. Wykluczenie przystępującego w związku z nie wykazaniem przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty przystępujący jako oferty wykonawcy wykluczonego w przypadku nie uzupełnienia dokumentu określonego powyżej w p.2;
4. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, w przypadku odrzucenia oferty przystępującego;
5. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu wskazał, że nie zgadza się z decyzją zamawiającego o wyborze oferty przystępującego, albowiem oferta przystępującego nie zawierała przewidzianych w SIWZ wymaganych dokumentów i nie potwierdzała spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z postanowieniami art. 89 ust 1 pkt. 5 ustawy.

Zamawiający w Rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w zakresie dokumentów i oświadczeń, jakie mają dostarczyć wykonawcy w p. III określił, iż podmiot zagraniczny tj. taki, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej powinien złożyć dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzający odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (pkt. III ust.1 pkt. a) SIWZ). Zapisy SIWZ są powieleniem postanowień § 4 ust. 1 pkt. 1 a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. nr 231), wydanego na podstawie art. 25 ust.2 ustawy. Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej wówczas zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący nie przedłożył dokumentów wskazujących, iż nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Odwołujący nadmienił, że dokumenty takie w kraju, w którym ma siedzibę przystępujący (Republika Federalna Niemiec) wydawane są przez właściwy miejscowo sąd powszechny - sąd upadłościowy. Odwołujący, jako posiadający siedzibę również na terenie Republiki Federalnej Niemiec przedłożył dokument potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu

składania ofert. Jako dowód odwołujący wskazał zaświadczenie załączone do złożonej oferty odwołującego potwierdzające, że nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości z tłumaczeniem na j. polski na okoliczność możliwości uzyskania dokumentu dot. braku otwarcia likwidacji podmiotu lub ogłoszenia jego upadłości na terenie Republiki Federalnej Niemiec i jego przedłożenia w postępowaniu.

Informacje na temat prawnych możliwości uzyskania dokumentu potwierdzającego brak otwarcia likwidacji oraz postawienia w stan upadłości przedsiębiorców na terenie Republiki Federalnej Niemiec znajdują się również na oficjalnej stronie internetowej Komisji Europejskiej: <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/documentDetail.do?docId=10421>, gdzie wyspecyfikowane są dokumenty występujące w postępowaniach o zamówienia publiczne prowadzonych na terenie Niemiec. Z podanych na w/w stronie informacji wynika jednoznacznie, iż zaświadczenie o braku popadnięcia w upadłość przedsiębiorcy wydają powszechne sądy rejonowe właściwe ze względu na siedzibę przedsiębiorcy. Jako dowód załączył wydruk ze strony internetowej Komisji Europejskiej wraz z tłumaczeniem na j. polski dot. informacji na temat wydawanych dokumentów na terenie RFN na okoliczność wydawania przez sądy powszechne dokumentu dot. braku otwarcia likwidacji podmiotu lub ogłoszenia jego upadłości na terenie Republiki Federalnej Niemiec.

Przystępujący nie przedstawił takiego zaświadczenia. Odwołujący podkreślił, iż na gruncie polskiego prawa (ustawy ustawy i aktów wykonawczych do ustawy) alternatywne oświadczenie, iż nie otwarto wobec wykonawcy postępowania likwidacyjnego ani że nie jest w stanie upadłości może zostać złożone tylko w przypadku, gdy w kraju siedziby przedsiębiorcy nie wydaje się dokumentów zaświadczających, iż przedsiębiorca nie popadł w stan likwidacji ani nie jest prowadzone przeciwko niemu postępowanie upadłościowe.

Zamawiający zaniechał wezwania przystępującego, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy do przedstawienia takiego dokumentu, co w opinii odwołującego jest niewątpliwie naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonego w art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący twierdzi, iż zamawiający miał obowiązek wyegzekwowania takiego dokumentu od przystępującego, a w przypadku jego braku zobowiązany był do wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust 4 i art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy ewentualnie winien odrzucić jego ofertę w oparciu o art. 89 ust.1 pkt. 2, w związku z art. 25 ust. 1 jako niezgodnej z zapisami SIWZ. Odwołujący wskazał, że takie stanowisko znajduje również odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 25 lipca 2012 r.(sygn. KIO 1484/12, lex nr 1213676).

Swoim postępowaniem zamawiający naruszył więc według odwołującego podstawową zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Nie wolno bowiem zamawiającemu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz tylko zgodnie ze sformułowanymi w SIWZ zasadami i wymaganiami,

równy przy tym traktując pozostałych wykonawców, wobec których takie dokumenty były egzekwowane. Zamawiający swoim postępowaniem doprowadził do wyboru oferty przystępujący, która winna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w związku z brakiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 kwietnia 2013r. udzielonego przez dwóch członków organu zarządzającego odwołującego, zgodnie z wypisem z Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego w Neuss. Kopia odwołania została przekazana pełnomocnikowi zamawiającego w dniu 7 czerwca 2013r.

W dniu czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 czerwca 2013r. pisemnie swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił przystępujący. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest ważna i jest oferta najkorzystniejszą w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania pozbawiłoby go możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 maja 2013r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w Rejestrze Handlowym B Sądu Rejonowego w Charlottenbourg i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z wypisem z tego rejestru. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 12 czerwca 2013r. a odwołującemu faksem w dniu 12 czerwca 2013r.

W dniu 14 czerwca 2013r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność. Podniósł, że dokumentem potwierdzającym, że nie otwarto likwidacji przystępującego ani nie ogłoszono jego upadłości jest wyciąg z rejestru handlowego przystępującego znajdujący się na str. 073 – 088 jego oferty. Zgodnie z prawem niemieckim okoliczność otwarcia likwidacji spółki oraz ogłoszenia upadłości podlega ujawnieniu w rejestrze handlowym spółki. Wynika to z § 32 ust. 1 zd. 1 oraz § 34 ust. 1 i 5 niemieckiego kodeksu handlowego (Handelsgesetzbuch) z dnia 10 maja 1897r. Jest to rozwiązanie prawne analogiczne do przyjętego w polskim porządku prawnym. Fakt, że w wypisie z rejestru nie podano danych dotyczących likwidacji i upadłości oznacza, że takie zdarzenia nie wystąpiły. Dokumenty powołane przez odwołującego potwierdzają jedynie fakt nie ogłoszenia upadłości, ale nie dotyczą otwarcia likwidacji, co wynika także z informacji ze strony Komisji Europejskiej. Dokument załączony przez odwołującego nie potwierdza zatem okoliczności nie otwarcia likwidacji i nie jest wystarczający dla potrzeb postępowania o zamówienie publiczne. Nadto nie jest jedynym dokumentem urzędowym, który może być pozyskany, takim drugim dokumentem jest wypis z rejestru handlowego, który zawiera informacje dotyczące tak likwidacji jak i upadłości. Odwołujący zatem składając

do oferty przedmiotowy dokument oraz wypis z rejestru handlowego dwukrotnie potwierdził tę samą okoliczność, a więc nadmiarowo. Przystępujący także dysponuje takim dokumentem, ale z uwagi na to, że nie dotyczy on wszystkich istotnych podstaw wykluczenia, to nie składał go w postępowaniu o zamówienie.

W dniu 17 czerwca 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie na piśmie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa substytucyjnego z dnia 10 maja 2013r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 listopada 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu zamawiającego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odpowiedzi została przekazana odwołującemu i przystępującemu drogą elektroniczną w dniu 17 czerwca 2013r.

W dniu 20 czerwca 2013r. Izba wezwała przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W dniu 21 czerwca 2013r. przystępujący złożył oświadczenie, że nie zamierza wnosić sprzeciwu w przedmiotowej sprawie. Oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 czerwca 2013r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w Rejestrze Handlowym B Sądu Rejonowego w Charlottenbourg i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z wypisem z tego rejestru.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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