

**WYROK**

**z dnia 14 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2013 r.

przez wykonawcę: **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu z siedzibą w Zabrzu**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu z siedzibą w Zabrzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (moduł C) – utworzenie ogólnopolskiego centrum kliniczno-naukowego transplantacji płuc i serca oraz leczenia mukowiscydozy u dorosłych i dzieci* (oznaczenie sprawy 161 /EZP/12).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 października 2012 r. nr 2012/S\_198-325178, tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.sccs.pl), na której zamieścił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej w skrócie: „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 71.859.931,12 zł, co stanowi równowartość 17.877.383,60 euro.

1 lutego 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego na podstawie § 6 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 (dalej zwanego w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów” lub „rozporządzeniem” bez bliższego dookreślenia) do złożenia oryginałów dokumentów lub notarialnie potwierdzonych kopii – referencji potwierdzającej należyte wykonanie inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych: *Budowa budynku i rozbudowa kondygnacji poddaszowej i centralnej części kopułowej korpusu leczniczego nr 2 Szpitala Klinicznego „Feofanija”* oraz jej tłumaczenia. Odwołujący zarzucił, że przez powyższą czynność Zamawiający naruszył przywołany przepis rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 i art. 25 ustawy pzp

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia tej czynności

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że 22 stycznia 2013 r. otrzymał pismo (oznaczone numerem SCCS/EZP/59/740/13), w którym Zamawiający wezwał go na podstawie § 6 ust. 3

rozporządzenia do złożenia oryginałów dokumentów lub notarialnie poświadczonych kopii: referencji potwierdzającej należyte wykonanie inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych (*Budowa budynku i rozbudowa kondygnacji poddaszowej i centralnej części kopułowej korpusu leczniczego nr 2 Szpitala Klinicznego „Feofanija”*) oraz jej tłumaczenia. Przy czym Zamawiający w uzasadnił wezwanie tym, że *ww. kopie dokumentów załączonych do oferty (na stronach nr 8 i 9) budzą wątpliwości Zamawiającego co do powołania się w tłumaczeniu na numer i datę pisma, a dodatkowo kopia referencji jest nieczytelna w zakresie daty.*

Dokonując oceny prawnej Odwołujący podkreślił, że zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia, zasadą jest składanie dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a w przypadku elektronicznych dokumentów – powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołujący dodał, że powszechną praktyką w przypadku dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, jest składanie kopii tych dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Odwołujący stwierdził, że wyjątek od tej reguły przewidziany został w § 6 ust. 3 rozporządzenia, który pozwala zamawiającemu żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu – jednak w ściśle określonych przypadkach, tj. wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. W ocenie Odwołującego ponieważ norma § 6 ust. 3 rozporządzenia ma charakterze wyjątkowy, jej stosowanie winno być ograniczone tylko do sytuacji wyraźnie w niej przewidzianych. W szczególności drobne nieścisłości nie przesądzają o nieczytelności dokumentu jako całości. Odwołujący powołał się na to, że powyższe tezy znajdują potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2117/10).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający jako przyczynę wezwania wskazał swoje wątpliwości, które dotyczyły tylko tłumaczenia numeru i daty pisma oraz nieczytelności referencji w zakresie daty. Natomiast Zamawiający nie wskazał w wezwaniu na to, że kopie dokumentów budzą jego wątpliwości co do prawdziwości. W ocenie Odwołującego wątpliwość *co do powołania się w tłumaczeniu na numer i datę pisma*, w świetle brzmienia przepisu § 6 ust. 3 rozporządzenia, nie upoważnia Zamawiającego do żądania oryginałów lub notarialnie poświadczonych kopii. Natomiast drugą wątpliwość, tj. zarzut nieczytelności, Zamawiający odniósł jedynie do daty wystawienia referencji, nie wskazując który element daty (tj. dzień, miesiąc, rok) jest nieczytelny. Zdaniem Odwołującego nawet pobieżny ogląd dokumentów załączonych do oferty – pozwala stwierdzić, że są one czytelne. W ocenie

Odwołującego jest to okoliczność obiektywna, łatwo weryfikowalna i jako taka nie powinna podlegać subiektywnej ocenie Zamawiającego. Odwołujący podniósł dodatkowo, że sama data wystawienia referencji jest irrelevantna dla oceny tego dokumentu pod kątem roli jaką ma on pełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. potwierdzenia wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowego ukończenia.

W ocenie Odwołującego wątpliwości powzięte przez Zamawiającego powinny być wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 pzp, bez konieczności odwoływania się do § 6 ust. 3 rozporządzenia. Odwołujący stwierdził, że w takim przypadku wyjaśniłby Zamawiającemu, że nieistotna rozbieżność, tj. różnica pomiędzy numerami pism (w oryginale 05-18-0498, w tłumaczeniu 05-19-0498), wynika z omyłki pisarskiej, natomiast data dokumentu to 16.03.2010 r. Zdaniem Odwołującego z uwagi na wątpliwości wskazane w wezwaniu przez Zamawiającego, żądanie przedłożenia oryginałów dokumentów lub notarialnie poświadczonych kopii było nieuprawnione, a dodatkowo narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

14 lutego 2013 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Odnosząc się merytorycznie do odwołania, Zamawiający podniósł, że w przypadku dokumentu napisanego w języku obcym dokument w języku oryginalnym i jego tłumaczenie stanowią całość. Zamawiający stwierdził, że skoro w wezwaniu powołał się na § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów i napisał, że jego wątpliwości budzą zawarte w tłumaczeniu numer i data pisma – to oczywiste i zrozumiałe jest, że ma wątpliwości co do prawdziwości dokumentu, tylko w tym przypadku nie może jeszcze wiedzieć, co do którego: czy prawidłowa data i numer jest na dokumencie w jęz. oryginalnym czy na dokumencie tłumaczenia. Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem wskazanym w odwołaniu: *Nieprawdziwość dokumentu to obiektywna niezgodność treści zawartej w dokumencie z rzeczywistością.* Zamawiający podniósł, że tego rodzaju wątpliwości wystąpiły w tej sprawie, ponieważ w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentem w języku ukraińskim a jego tłumaczeniem *istniało uzasadnienie do powzięcia wątpliwości co do prawdziwości dokumentu.*

Zamawiający nie zgodził się również z oceną Odwołującego, że data na dokumencie referencji jest nieczytelna, gdyż w jego ocenie nie jest. Zamawiający zacytował kolejny fragment uzasadnienia wyroku przywołanego w odwołaniu: *Drobne nieścisłości, polegające na nieuchwyceniu w trakcie czynności kserowania pewnego odcinka dokumentu (przykładowo kilku liter z prawej lub lewej strony) nie przesądzają o nieczytelności dokumentu jako całości. Podobnie nieujęcie ostatniej linijki tekstu, jak również kopia*

*wskazująca na tekst w ostatniej linii widoczny tylko w połowie, bez kilku milimetrów na długości całej linii, nie oznacza nieczytelności całego dokumentu.* Zamawiający ocenił, że nie tego typu nieścisłości wzbudziły jego wątpliwości w przedmiotowej sprawie. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że data wystawienia referencji jest istotnym elementem oceny tego dokumentu, gdyż w przypadku robót budowlanych referencje wystawione przed datą całkowitego zakończenia ich realizacji inwestycji nie spełniają wymogu dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Pomimo zamieszczenia przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej kopii odwołania, do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron taki wniosek nie został zgłoszony przez Zamawiającego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie objęta odwołaniem czynność Zamawiającego może narażać go na szkodę, gdyż nieuczynienie zadość wezwaniu może stać się podstawą negatywnej oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła zatem wyrażonego przez Zamawiającego na wstępie odpowiedzi

na odwołanie stanowiska o braku możliwości korzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej z uwagi na brak możliwości poniesienia szkody (wiązane z tym skutku w postaci odrzucenia odwołania, wobec braku takiego wniosku, uznano za omyłkę Zamawiającego).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. W szczególności Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: referencji wraz z tłumaczeniem załączonych do oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego, a także pisma i załączonych dokumentów przesłanych w odpowiedzi przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że data widniejąca na załączonej do oferty kopii referencji została wpisana ręcznie, przy czym druga i czwarta cyfra roku nie są w pełni czytelne. Ponadto czytelność całej daty jest zmniejszona przez nieregularne odbarwienia występujące w tym obszarze odbitki kserograficznej.

Izba ustaliła również, że w określonym w wezwaniu terminie Odwołujący przesłał Zamawiającemu poświadczoną przez ukraińskiego notariusza kopię referencji oraz tłumaczenie tego dokumentu dokonane przez tłumacza przysięgłego, w którym numer pisma poprawiono na taki, jaki widniał w treści referencji.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie dopatrzyła się w wezwaniu Zamawiającego naruszenia § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Izba zważyła, że przepis ten wyróżnia dwie, niezależne od siebie, przesłanki umożliwiające Zamawiającemu zażądanie przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, które zostały załączone do oferty w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Po pierwsze – jeżeli złożony w takiej formie dokument jest nieczytelny. Drugą, samodzielną przesłankę stanowi sytuacja, w której kopia dokumentu budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Należy zauważyć, że choć przesłanki te mają zupełnie inny ciężar gatunkowy i różny stopień zobiektywizowania, każda z nich upoważnia zamawiającego do skorzystania z uprawnienia do zażądania okazania oryginału dokumentu lub jego poświadczonej notarialnie kopii.

Nieczytelność dokumentu jest pewnym zobiektywizowanym stanem faktycznym, który może wystąpić w sytuacji wykonywania odbitek kserograficznych dokumentów, może być z łatwością przez każdego stwierdzony i nie wiąże się bezpośrednio z wątpliwościami co do autentyczności dokumentu. Natomiast ocena czy dokument budzi wątpliwości co do prawdziwości ma charakter subiektywnej oceny, a jej wyrażenie przez zamawiającego stawia w jakiś sposób pod znakiem zapytania rzetelność wykonawcy. Z uwagi na powagę tej sytuacji, niewątpliwie korzystanie z tej przesłanki wymaga od zamawiających dużej ostrożności i dążenia do obiektywizacji oceny. Jednocześnie zrozumiałe jest, że wezwanie w takim przypadku, skoro opiera się na wątpliwościach, a nie na pewności co do zaistnienia stanu niezgodności z prawdą dokumentu, powinno być formułowane w sposób powściągliwy.

Tym niemniej Izba podziela stanowisko Odwołującego, że uzasadnienie przedmiotowego wezwania nie daje powodów sądzić, że załączona do oferty kopia referencji wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości co do jej prawdziwości. Zamawiający opisał jako wątpliwości oczywisty i zobiektywizowany stan, w którym numer pisma uwidoczniiony na oryginale dokumentu różnił się jedną cyfrą od numeru podanego w tłumaczeniu. Zupełnie nieprzekonujące są w tym zakresie wywody odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający na siłę próbuje podciągnąć opisaną w wezwaniu sytuację pod przesłankę zaistnienia wątpliwości co do prawdziwości dokumentu. Zamawiający jest zresztą niekonsekwentny raz twierdząc, że dokument w języku obcym i jego tłumaczenie stanowią jeden dokument, jednocześnie twierdząc, że rozbieżność pomiędzy dokumentem oryginalnym a dokumentem tłumaczenia powoduje niepewność co do tego, który z nich jest prawdziwy. Niewątpliwie tłumaczenie nie jest odrębnym dokumentem, lecz odzwierciedleniem w języku znanemu jego adresatowi treści dokumentu w języku obcym. Rację ma Odwołujący, że nieznaczna rozbieżność (jedna cyfra) w tłumaczeniu (wskazano nr 05-19-0498) nie mogła budzić wątpliwości co do prawdziwości dokumentu oryginalnego, na którym numer ten, choć odręcznie wpisany, był wystarczająco czytelny (05-18-04980). Dla usunięcia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego wystarczające było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

Natomiast po zapoznaniu się z dokumentem referencji załączonym do oferty Izba podziela ustalenie Zamawiającego, że data wystawienia tej referencji nie była w pełni czytelna. Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że data wystawienia dokumentu, nie tylko z powodu podanego w odpowiedzi na odwołanie, ma istotne znaczenie. Choć nie można stwierdzić nieważności dokumentu z powodu braku daty jego wystawienia, niewątpliwie możliwość umiejscowienia w czasie momentu jego sporządzenia w istotny sposób ułatwia i może być istotne dla oceny jego treści. Przede wszystkim skoro

umieszczenie takiej daty uznał za stosowne autor dokumentu, nie można pozbawiać Zamawiającego możliwości jej zweryfikowania. Choć w tłumaczeniu druga i czwarta cyfra roku zostały wskazane jako „0”, należy zauważyć, że ręczna pisownia cyfr w oryginalnym dokumencie znacząco odbiega od jednoznacznie czytelnej cyfry „0” wpisanej tą samą ręką w oznaczeniu miesiąca („03”) daty. Nie bez znaczenia jest również zmniejszona czytelność kopii, która w górnym lewym rogu zawiera nieregularne, ciemne plamy, powstałe prawdopodobnie przy wykonywaniu odbitki. Odwołujący mógł zadbać o to, aby poświadczona przez niego kopia załączona do oferty była w pełni czytelna.

W tej sytuacji nie można stwierdzić, aby działanie Zamawiającego zmierzające do ustalenia stanu rzeczy, który będzie podstawą do oceny dokumentu składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykraczało poza dyspozycję § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Tym samym nie stanowiło ono działania naruszającego zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp – Odwołujący nie podał w odwołaniu żadnych konkretów na potwierdzenie, że został potraktowany w odmienny sposób niż inni wykonawcy znajdujący się w podobnej sytuacji.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

**Przewodniczący:** .....