

Sygn. akt: KIO/1951/10

WYROK

z dnia 23 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 września 2010 r. przez **Gorba GmbH, 30 – 175 Hannover, Hinuberstrasse 8** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., 01 – 232 Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gorba GmbH, 30 – 175 Hannover, Hinuberstrasse 8** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Gorba GmbH, 30 – 175 Hannover, Hinuberstrasse 8** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

Członkowie

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20; 01-232 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - sektorowego na „Dostawę Systemu Informacji Pasażerskiej czasu rzeczywistego wraz z obsługą infrastruktury telekomunikacyjnej oraz obsługą bieżącą” w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 85-128240.

Dnia 31 sierpnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazując, iż wykonawca Gorba GmbH, ul. Hinuberstrasse 8; 30-175 Hannover, Niemcy (zwany dalej „Odwołującym”) został wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając podał, iż Odwołujący, wezwany w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnił żądane dokumenty, które jednakże nie potwierdzały spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania Wniosków.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 10 września 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego

postępowania o zamówienie publiczne w wyniku uznania, iż nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu, tj.:

1) zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania p. Stephana B. - Dyrektora Naczelnego Gorba GmbH.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien był uznać, iż uwzględniając treść dokumentu pochodzącego z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości o nazwie „*Świadectwo Niekarałności*” w zestawieniu z wymaganym zakresem informacji zgodnie z treścią Rozporządzenia Prezesa RM 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, dokumentem wymaganym w przypadku osoby fizycznej w odniesieniu do oceny podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 8 Pzp nie jest dokument pochodzący z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości o nazwie „*Świadectwo Niekarałności*”, lecz stosowne oświadczenie złożone przed notariuszem, w ślad za argumentacją przywołaną w treści uzasadnienia odwołania,

2) dokumentu potwierdzającego, że wobec Gorba GmbH nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie tj. Informacja z Centralnego Rejestru Przedsiębiorstw.

Analogicznie jak powyżej, po analizie i zestawieniu przepisów prawa polskiego oraz niemieckiego w przedmiocie podstaw do sądowego orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne uznać należy, iż w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 9 Pzp dokumentem, jakiego winien wymagać Zamawiający jest oświadczenie złożone przed notariuszem nie zaś

Informacja

z Centralnego Rejestru Przedsiębiorstw.

Powyższe, zdaniem Odwołującego skutkuje w odniesieniu do p. Stephana B. - Dyrektora Naczelnego Gorba GmbH uznaniem, iż złożone wraz z wnioskiem oświadczenie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu zaś wezwanie do uzupełnienia dokumentu/oświadczenia było wadliwe i zbędne, w odniesieniu do dokumentu potwierdzającego, że wobec Gorba GmbH nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie uznaniem, iż o ile złożone wraz z wnioskiem oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien właściwie i ponownie sformułować wobec Odwołującego wezwanie do uzupełnienia, dodatkowo za argumentacją zawartą w uzasadnieniu odwołania uznanie, iż dokument złożony w trybie uzupełnienia dowodzi spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 26 ust 3,**
- art. 24 ust 2 pkt 4.**

Działania oraz zaniechania Zamawiającego naruszają, w ocenie Odwołującego, jego interes uniemożliwiając mu złożenie oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wykonania zaniechanych czynności, jak również do powtórzenia czynności wykonanych z naruszeniem przepisów Pzp, a

w konsekwencji zaproszenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10 września 2010 roku.

Zamawiający, dnia 13 września 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, w dniu 16 września 2010 roku zgłosił przystąpienie wykonawca CSC Computer Sciences sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 23; 00-854 Warszawa.

Zamawiający, dnia 22 września 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego z uwagi na fakt, iż przystąpienie zostało podpisane przez osobę do tej czynności wadliwie umocowaną. Z uchwały zarządu spółki z dnia 18.08.2010 r. wynika, że pan Dariusz Mazurek został powołany prokurentem spółki z prawem reprezentacji teźże, łącznie z jednym członkiem zarządu, natomiast pełnomocnictwo udzielone panu Maciejowi Gładyszowi z dnia 16 września 2010 r. podpisał jedynie pan Dariusz Mazurek.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotowe postępowanie, Zamawiający prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z przepisem art. 134 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w przypadku udzielania zamówień sektorowych, do podstawowego trybu zalicza się również tryb negocjacji z ogłoszeniem.

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do Zamawiającego wpłynęło 14 wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach.

Odwołujący, składając swój wniosek, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.1 pkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu, miał obowiązek przedłożyć aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp – wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosnie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji II.2.1 pkt 6 Ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca miał obowiązek przedłożyć aktualną informację z KRK, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawców, których urzędującego członka organu prawomocnie skazano za popełnienie wymienionych w tym przepisie przestępstw, a na potwierdzenie braku ich zaistnienia Zamawiający, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, może żądać *„aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”*. Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 (aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp) składa *„zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą,*

w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp”. Natomiast w sytuacji, gdy „w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów zastępuje się je dokumentem zawierającym 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, do wniosku, w odniesieniu do Pana Stephana B. załączył dokument zatytułowany „Zapewnienie w miejscu przysięgi”, co należy odczytywać, jako złożenie oświadczenia przed notariuszem, gdyż faktycznie Pan Stephan B. – dyrektor naczelny Odwołującego w obecności notariusza oświadczył, iż nie zachodzą w odniesieniu do jego osoby okoliczności określone w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdzając, iż dokument powyższy (oświadczenie złożone przed notariuszem) nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.1 Ogłoszenia o zamówieniu, pismem z dnia 21 lipca 2010 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu przez złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczącego niekaralności Pana Stephana B. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Uzasadniając swoje wezwanie wskazał, iż załączone do wniosku „Zapewnienie w miejscu przysięgi” jest dokumentem niewystarczającym, gdyż w ocenie Zamawiającego koniecznym jest przedstawienie zaświadczenia, wystawianego w Niemczech przez Federalny Centralny Rejestr Karny.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wypełniając dyspozycję Zamawiającego złożył dokument zatytułowany „Świadectwo niekaralności” wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości datowane na dzień 26 lipca 2010 roku.

Z treści Świadectwa nie wynika, że obejmuje ono stan na dzień składania wniosków, tj. 7 czerwca 2010 roku.

Odnośnie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.1 pkt 6 Ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący nie złożył żadnego dokumentu.

Dlatego też Zamawiający, pismem jw. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku jw. przez złożenie dokumentu wystawionego w kraju, w którym Odwołujący ma siedzibę, potwierdzającego, że nie orzeczono w stosunku do niego

zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, tj. informacji z Centralnego Rejestru Przedsiębiorstw wydawanej przez Prokuratora Federalnego przy Trybunale Federalnym.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył Wyciąg z centralnego rejestru handlowego i działalności gospodarczej według § 150 GewO wystawiony przez Federalny Urząd Sprawiedliwości, wystawiony dnia 26 lipca 2010 roku.

Z treści Wyciągu nie wynika, że obejmuje ono stan na dzień składania wniosków, tj. 7 czerwca 2010 roku.

W ocenie Zamawiającego, w/w dokumenty nie potwierdzały spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania wniosków (7 czerwca 2010 roku), co stanowiło przesłankę określoną w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych – pozwalającą Zamawiającemu na wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący, nie godząc się z decyzją Zamawiającego wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Analizując przedmiotowe odwołanie, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż po pierwsze Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych uchybił terminowi na zgłaszanie zarzutu w powyższym zakresie.

Przepis art. 182 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 (art. 182) wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Stanowisko powyższe wynika z faktu, iż okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 21 lipca 2010 roku, tym samym termin na wniesienie odwołania mijał w dniu 31 lipca 2010 roku.

Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący kwestionuje zasadność wezwania Odwołującego, przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w celu uzupełnienia dokumentów wadliwych bądź ich braku.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z hipotezy wyżej przytoczonej normy wynika, iż procedurę wzywania do uzupełniania dokumentów Zamawiający wszczyna, gdy stwierdzi, że brak jest we wniosku odpowiednich dokumentów lub dokumenty złożone, zawierają błędy.

Tym samym wezwanie, wystosowane przez Zamawiającego daje jasny sygnał wzywaniemu wykonawcy, że dokumenty przedłożone nie będą brały udziału w ocenie wykonawcy (ocena podmiotowa), lub ocena taka jest niemożliwa z powodu braku załączenia takich dokumentów. Skoro więc Odwołujący zajmuje stanowisko, iż przedłożone na etapie składania wniosków dokumenty są prawidłowe i nie zawierają żadnych błędów, to w ocenie Izby ma ustawowe uprawnienie do kwestionowania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Pozostawienie takiej sytuacji bez reakcji ze strony Odwołującego, uniemożliwia mu następnie – po ogłoszeniu wyników oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach - kwestionowanie pierwotnej oceny dokumentów załączonych do wniosku. W ocenie Izby przyjęcie przez Odwołującego wyników wstępnej oceny dokumentów, pierwotnie załączonych do wniosku, wyrażonej przez Zamawiającego poprzez wezwanie do ich uzupełnienia, świadczy o przyjęciu wyników tej oceny i przyznaniu, że faktycznie dokumenty te nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym na etapie późniejszym, po ogłoszeniu wyników oceny wniosków, podnoszenie zarzutów do skuteczności wezwania jest czynnością spóźnioną.

Jako, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości częściowego odrzucenia odwołania, Izba wyraziła stanowisko, odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak wyżej.

Oдноśnie zaś drugiego z zarzutów, skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z przedmiotowego postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonał tej czynności prawidłowo.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W powyższym zakresie Izba stwierdziła, że skoro Odwołujący usankcjonował pierwotną ocenę dokumentów podmiotowych załączonych do wniosku, w tym brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy - Prawo zamówień publicznych, czemu dał wyraz nie składając odwołania na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to winien na powyższe wezwanie odpowiedzieć w sposób w nim określony. Odwołujący odpowiedział zgodnie z żądaniem Zamawiającego, jednakże złożone dokumenty, w zakresie informacji określonej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, jak i 9 ustawy Pzp, nie wypełniały dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie terminu, na jaki powinny potwierdzać sytuację wykonawcy, tj. na dzień składania wniosków.

Powyższy błąd skutkuje konsekwencją wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, iż mimo zakreślenia przez Zamawiającego rodzaju dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zakresu wynikającego z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, Odwołujący miał uprawnienie do złożenia innego dokumentu, określonego w § 4 ust. 3 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. 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Odnosnie zakresu dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie informacji wymaganych przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9, Izba w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 19 marca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 244/09, KIO/UZP 257/09.

W związku z powyższym, postanowiono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....