

Sygn. akt KIO 1214/10

WYROK
z dnia 2 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2010 r. przez odwołującego - **konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i WYG Ireland Limited PH McCarthy House, Nutgrove Office Park, Nutgrove Avenue, Rathfarnham, Dublin 14, Ireland, od czynności zamawiającego - Prezydenta Miasta Tychy, al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert przez zamawiającego w zakresie zadań nr 1 i 2, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Prezydenta Miasta Tychy, al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i WYG Ireland Limited PH McCarthy House, Nutgrove Office Park, Nutgrove Avenue, Rathfarnham, Dublin 14, Ireland,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Prezydenta Miasta Tychy, al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy** na rzecz konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i WYG Ireland Limited PH McCarthy House, Nutgrove Office Park, Nutgrove Avenue, Rathfarnham, Dublin 14, Ireland, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi geodezyjne dla Wydziału Gospodarki Nieruchomościami Urzędu Miasta Tychy w 2010 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2010 r. nr 2010/S 51-075770 (usługi).

Odwołanie dotyczy zadań nr 1 i 2 i zostało wniesione przez odwołującego od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, które w ocenie odwołującego zostały dokonane z naruszeniem, w szczególności: art. 7, art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz.759), zwanej w skrócie ustawą Pzp, przez błędne przyjęcie, że zachodzą przesłanki określone w tym przepisie względem odwołującego. Czynność zamawiającego powoduje naruszenie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu, prowadzi do poniesienia przez odwołującego szkody.

Pozbawia również odwołującego możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym uzyskania zamówienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Podał, że zawiadomienie o czynności zamawiającego zostało doręczone mu w dniu 8 czerwca 2010 r., zatem odwołanie wniesione w dniu 17 czerwca 2010 r. zostało wniesione w ustawowym terminie.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że jako podstawę wykluczenia z postępowania, zamawiający wskazał złożenie przez odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, stanowiących przesłankę określoną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający powołał się na załączony do oferty dokument Biura Komisarzy ds. Dochodów Rejon Dublin, dotyczący firmy WYG Ireland Limited, zawierający treść „zaświadczenie o wywiązaniu się z zobowiązań podatkowych wyżej wymienionej spółki wystawione dnia 14 sierpnia 2009 r. jest ważne do 4 sierpnia 2010 r.”

Odwołujący podał, że załączony dokument nie jest dokumentem wymaganym na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaś przywołana przez zamawiającego okoliczność świadczy wyłącznie o tym, że dokument ten zawiera błąd

w tłumaczeniu. Na potwierdzenie nie zalegania z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne zostało załączone do oferty „zaświadczenie o wywiązywaniu się ze zobowiązań podatkowych” (Tax Clearance Certificate) - numer zaświadczenia 06330574-28417P” z dnia 14 sierpnia 2009 r.

Załączony dokument zawierający błąd w tłumaczeniu nie ma znaczenia dla oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy, gdyż jest dokumentem załączonym dodatkowo.

Przytoczył wyrok sygn. akt KIO/UZP 141/08, w którym Izba trafnie orzekła, że: „(...) stwierdzenie nieprawidłowości oświadczenia (...) musi być udokumentowane, nie może pozostawiać wątpliwości co do tego, jakie informacje (które dane) zostały podane jako nieprawdziwe (Wyrok ZA z dnia 18.11.1999 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1094/99), tylko bowiem w takiej sytuacji można stwierdzić w sposób niebudzący wątpliwości o zaistnieniu przesłanek warunkujących zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (obecnie art. 24 ust 2 pkt 3). Aby powyższą pewność uzyskać, niezbędne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Przy czym nie chodzi o uzupełnianie brakujących oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia spełniania kwestionowanego warunku, ale o weryfikację treści złożonych oświadczeń. (...)”.

Niezależnie od faktu, iż przedmiotowy dokument nie stanowi dokumentu na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, odwołujący zauważył, iż błąd w tłumaczeniu, jaki miał miejsce w tej sprawie nie kwalifikuje się do dyspozycji przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że informacje nieprawdziwe to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Cechuje je umyślność i cel, jakim jest świadome wprowadzenie w błąd adresata informacji, którym jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 934/09).

Wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2009.r. sygn. akt KIO/UZP 658/09).

W kategoriach prawa cywilnego, mającego zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu, na mocy art. 14 Pzp, złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu lub niedbalstwa (wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 278/09).

Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości określonych danych (działał w dobrej wierze), to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1098/08).

W przedmiotowej sprawie błąd w tłumaczeniu dokumentu można zakwalifikować jako niedbalstwo ale z całą pewnością nie stanowi to złożenia nieprawdziwych informacji. Wyklucza to chociażby fakt, iż do oferty zostało załączone oświadczenie w oryginalnej wersji językowej.

Odnosząc się merytorycznie do prawidłowości dokumentu pn. „Zaświadczenie o wywiązaniu się ze zobowiązań podatkowych” odwołujący wskazał, że zgodnie z § 4 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, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia) zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Treść powyższego przepisu stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawcy zagranicznego dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed stosownymi podmiotami, tylko i wyłącznie wtedy, gdy w jego państwie nie „wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia. W § 4 ust. 1 ustawodawca nie wprowadził wymogów co do okresu ważności dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, uczynił to dopiero w § 4 ust. 2 określając, że dla ich ważności powinny być one wystawione nie wcześniej niż 3 lub 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków lub ofert. Skoro zatem § 4 ust. 3 odnosi się jedynie i wprost do § 4 ust. 1 to zasadnym jest stwierdzenie, że instytucja zastępowania dokumentów, o której mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia, znajdzie zastosowanie tylko w sytuacji, kiedy w państwie, w którym wykonawca zagraniczny ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się w ogóle

dokumentów. W sytuacji, kiedy wprawdzie wydaje się takie dokumenty, ale nie spełniają one wymagań w zakresie terminów wystawienia określonych w § 4 ust. 2 rozporządzenia, z uwagi na obowiązujące w danym państwie regulacje prawne, przepis ten nie ma zastosowania (np. wykonawca może uzyskać tylko jednokrotnie dany dokument, potwierdzający określoną okoliczność ważną przez rok od daty jego wydania lub dokument można uzyskać wielokrotnie, ale zachowuje swoją ważność przez 9 miesięcy). Powyższa teza znajduje poparcie w jednolitym w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku z dnia 31 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 330/09), Izba stwierdziła, że w sytuacji, kiedy w danym państwie wydawany jest dokument, który zgodnie z regulacjami prawnymi tego państwa zachowuje ważność przez okres dłuższy niż wymagania zawarte w § 4 ust. 2 rozporządzenia, przesądza to o braku możliwości weryfikacji warunku w inny sposób tj. poprzez oświadczenie własne wykonawcy, złożone przed wskazanymi w § 4 ust. 3 rozporządzenia podmiotami. Zgodnie z przywołanym wyrokiem „Zamawiającemu wolno żądać od podmiotów zagranicznych dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust 1 rozporządzenia, niezależnie od tego, kiedy te dokumenty zostały wystawione, co wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, tj. braku wskazania w § 4 ust 1 jakiegokolwiek terminu, w jakim wystawiany dokument zachowuje ważność”.

Żaden przepis nie zabrania wykonawcy przedstawienia, z własnej inicjatywy, wraz z dokumentami określonymi w § 4 ust. 1 rozporządzenia (które z uwagi na regulacje prawne danego kraju nie wypełniają wymogów co do określonych terminów ich wystawienia, ale zachowują swoją ważność co do treści), dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed określonymi w § 4 ust. 3 rozporządzenia podmiotami. Jednakże, sam zamawiający w analogicznej sytuacji nie może żądać od wykonawcy przedstawienia w/w dokumentu oraz dokumentu zawierającego jego oświadczenie.

Co więcej wykonawca nie może również dowolnie wybierać czy złoży dokument zawierający oświadczenie np. przed notariuszem (§ 4 ust. 3), czy uzyska dokument od właściwego podmiotu (§ 4 ust. 1). Jeśli dokument określony w § 4 ust. 1 rozporządzenia jest wydawany w jego państwie, wówczas nie może on zastąpić go dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem.

Dokument pn. „Tax Clearance Certificate” z Irlandii zawiera informacje o wszystkich podatkach i składkach na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne. Jednocześnie dokument ten jest wydawany raz w roku i zachowuje swoją ważność przez 12 miesięcy.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający powinien dokonać unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia odwołującego się z postępowania i dokonać powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc odwołanie, gdyż jego oferta na zadania nr 1 i 2, których dotyczy odwołanie, przedstawia najniższą cenę spośród ofert złożonych w tej części zamówienia. Wykazanie naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert stwarza odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, oferty odwołującego oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie, KIO ustaliła, że istotę sporu stanowi podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania – złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a następnie przypisanie ustaleniom faktycznym podstawy prawnej – art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. nie zalegania z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne odwołujący złożył wraz z ofertą 2 zaświadczenia w języku angielskim z tłumaczeniami na język polski, poświadczonymi za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Pierwsze zaświadczenie - z dnia 14 sierpnia 2009 r. o wywiązaniu się ze zobowiązań podatkowych, potwierdzało, że wszelkie zobowiązania podatkowe wskazanego w dokumencie podmiotu, będącego uczestnikiem konsorcjum odwołującego, są uregulowane. Za wyjątkiem wymogów ustawy o etyce w służbie cywilnej z 2001 r., zaświadczenie może być przedkładane w każdej sytuacji wymagającej przedłożenia zaświadczenia o wywiązaniu się z zobowiązań podatkowych.

W drugim zaświadczeniu - z dnia 12 marca 2010 r. wydanym przez ten sam organ, który był wystawcą pierwszego zaświadczenia, jak zgodnie potwierdziły strony na rozprawie, podano, że zaświadczenie o wywiązaniu się z zobowiązań podatkowych wystawione dnia 14 sierpnia 2009 r. jest ważne do 4 sierpnia 2010 r. oraz potwierdza, że spółka opłaciła wszelkie zobowiązania podatkowe.

Natomiast w przetłumaczonym na język polski zaświadczeniu dodano wyrazy „(...) jak również zobowiązania na rzecz ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego”. Obie strony postępowania odwoławczego potwierdziły, że wyrazów tych nie było w oryginalnym

zaświadczeniu. Fakt ten również podał odwołujący w odwołaniu. Przy czym odwołujący twierdził, że jest to błąd powstały podczas tłumaczenia zaświadczenia przez tłumacza współpracującego z konsorcjum w wyniku wykorzystania niewłaściwego wzoru tłumaczonych dokumentów, zamawiający zaś, że było to celowe dopisanie wyrazów dotyczących ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, które miało w sposób nie uprawniony potwierdzać brak zaległości w zobowiązaniach z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, gdy takiego potwierdzenia nie zawarto w oryginalnym zaświadczeniu.

A więc dodana treść w tłumaczeniu zaświadczenia z dnia 12 marca 2010 r. potwierdzająca brak zalegania ze zobowiązaniami na rzecz ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, jako sprzeczna z oryginalną wersją zaświadczenia stanowi, zdaniem zamawiającego, nieprawdziwą informację.

W piśmie zawiadamiającym o wyborze ofert oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania (z dnia 8 czerwca 2010 r.) zamawiający podał, że wyklucza wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, przytaczając treść zaświadczenia w języku angielskim, że informację nieprawdziwą stanowi niezgodność tłumaczenia zaświadczenia z jego oryginalną treścią przez dodanie wyrazów dotyczących ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego potwierdził, że uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia oznacza niezgodność treści przetłumaczonego zaświadczenia z dnia 12 marca 2010 r. z jego oryginalną wersją przez dopisanie wskazanych wyrazów, uznając, że jest to podanie nieprawdziwej informacji przez wykonawcę.

W rozpoznanej sprawie zamawiający uznał informacje nieprawdziwe na podstawie niezgodności przetłumaczonego zaświadczenia z oryginałem tego zaświadczenia, co wynika jednoznacznie z zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy oraz zostało przyznane przez obie strony. Z przytoczonej podstawy faktycznej wykluczenia nie wynika zarzut, że wykonawca podając w tłumaczeniu zaświadczenia brak zaległości w zobowiązaniach na rzecz ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, w istocie te zaległości posiada, co byłoby dowodem, że istotnie informacja jest nieprawdziwa.

Zgodnie z § 6 ust. 4 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 - Dz. U. Nr 226, poz.1817), dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Zatem podstawę oceny oferty w zakresie potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych

wykonawcy, który złożył dokumenty sporządzone w języku obcym, są te dokumenty wraz z ich tłumaczeniem. Tłumaczenie nie jest wymagane jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie nie wynika z dokumentacji, by taką zgodę zamawiający wyraził, zatem był zobowiązany posługiwać się obok oryginalnego dokumentu także jego tłumaczeniem. Wobec niezgodności tłumaczenia z oryginałem powinien był wyjaśnić czy jest to błąd powodujący rozszerzenie treści zaświadczenia stosownie do kompetencji organu, który wystawił zaświadczenie, czy rzeczywiście podanie nieprawdziwych informacji.

W ocenie KIO, skoro wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument w języku obcym wraz z jego tłumaczeniem na język polski, zamawiający oceniając dokumenty i ustalając, że tłumaczenie dokumentu nie jest zgodne z jego oryginalną wersją, zobowiązany jest dokonać czynności związanych z wyjaśnieniem rozbieżności, zważywszy, że w okolicznościach rozpoznanej sprawy zamawiający ocenił oryginalny dokument nie wnosząc, jak przyznał, do treści dokumentu zastrzeżeń, przytoczył oryginalną treść dokumentu jako podstawę faktyczną wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazując jedynie, że tłumaczenie dokumentu w części odnoszącej się do potwierdzenia, że spółka opłaciła również wszelkie zobowiązania na rzecz ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, jest niezgodne z oryginałem.

KIO zauważa, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podanie nieprawdziwych informacji zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym informacje nieprawdziwe, jak wynika to z orzecznictwa, w szczególności KIO i piśmiennictwa, to informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (np. wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1223/09). W tym przypadku informacją nieprawdziwą byłoby podanie, że wykonawca nie zalega ze składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, gdy w istocie taka zaległość istnieje. Z uwagi na fakt, że z przedstawionych zaświadczeń nie może wywieść takiego wniosku, zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

W piśmiennictwie stwierdzono, na podstawie orzecznictwa arbitrażowego, że „Obowiązek zamawiającego polegający na wykluczeniu wykonawcy może powstać na każdym etapie postępowania. Konsekwencją powyższego jest kolejna powinność zamawiającego, a mianowicie konieczność przeprowadzenia weryfikacji oświadczeń wykonawców – nie powinien on przyjmować informacji w nich zawartych sposób bezkrytyczny” („Nieprawdziwe

informacje w świetle orzecznictwa” - Irena Skubiszak-Kalinowska, Monitor Zamówień Publicznych / marzec 2009 r.).

Wskazane ustalenie znajduje potwierdzenie w przeważającej części orzecznictwa KIO i orzecznictwa sądowego.

W wyroku z dnia 19 listopada 2009 r. sygn. akt V Ca 2024/09, ocenianym w piśmiennictwie jako kontrowersyjnym, Sąd Okręgowy w Warszawie, potwierdzając oczywistość podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, wyraził niepewność co do możliwości wykluczenia, jak określił nieuczciwego skądinąd wykonawcy, w sytuacji gdy wykonawca ten kwalifikował się na tzw. krótką listę pięciu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu (postępowanie prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego na „Opracowanie studium projektowego konsolidacji i centralizacji systemów celnych i podatkowych w resorcie finansów”).

Zatem KIO uznała, że rozbieżność pomiędzy treścią oryginalnego, niekwestionowanego przez zamawiającego dokumentu, a jego tłumaczeniem, nie uzasadnia uznania, że informacje podane w tłumaczeniu, to informacje nieprawdziwe, bez uprzedniego sprawdzenia zasadności tego zarzutu.

Zamawiający nie przedstawił stanowiska wynikającego z podjętych czynności wyjaśniających. Podał na rozprawie, że Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych Urzędu Miejskiego w Tychach podjął czynności sprawdzające i skontaktował się z urzędem wydającym dokument z dnia 12 marca 2010r., w wyniku czego uzyskał potwierdzenie wydania tego dokumentu w takiej treści, jaką zawiera wersja oryginalna. Co do faktu, że oryginalny dokument został wydany przez organ w nim wskazany i o wskazanej w nim treści, nie ma żadnych wątpliwości. Również w toku wyjaśnień naczelnik skierował pytanie do pracownika organu o poświadczenie nie zalegania ze zobowiązaniami na rzecz ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego. Jednak pełnomocnik zamawiającego podał, że nie zna treści odpowiedzi, jaką uzyskał naczelnik, ze względu na jego niezdolność do pracy.

W ocenie KIO, wykluczenie wykonawcy na skutek podania nieprawdziwych informacji jest to radykalna czynność zamawiającego powodująca bezwzględne wyeliminowanie wykonawcy z postępowania, stąd podanie nieprawdziwych informacji musi być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości.

Z ustaleń wynika, że zamawiający nie rozważył do końca potwierdzenia o niezaleganiu płatności w zakresie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

KIO podziela stanowisko zamawiającego oparte na orzecznictwie sądowym i KIO, że zamawiający nie ma obowiązku podjęcia czynności w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, o ile w sposób niewątpliwy wynika z ustaleń, iż wykonawca podał informacje nieprawdziwe.

W prawie polskim zobowiązania podatkowe i ubezpieczeniowe rozdzielono, zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i rozporządzeniu 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.

W Dyrektywie 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 (Dz. U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r.) w art. 45 ust. 2 lit. e) i f) również rozdzielono zobowiązania dotyczące opłacania składek na ubezpieczenia społeczne i dotyczące płatności podatków. Potwierdzeniem, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z podanych przypadków, instytucje zamawiające przyjmują zaświadczenie wydane przez właściwe organy Państwa Członkowskiego, którego to dotyczy (ust. 3 lit. b). W ust. 4 określono, że Państwa Członkowskie wyznaczają organy i instytucje właściwe do wydawania dokumentów, zaświadczeń lub oświadczeń, o których mowa w ust. 3, i niezwłocznie powiadamiają o tym Komisję.

Odwołujący na rozprawie przedłożył wydruk ze strony Internetowej Komisji Europejskiej, sporządzony w języku angielskim, z którego według odwołującego wynika, że organ, który wystawił zaświadczenie z dnia 14 sierpnia 2009 r. uprawniony jest także do potwierdzenia braku zaległości w zobowiązaniach na rzecz ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, zaś określenie wszelkie zobowiązania podatkowe oznacza także zobowiązania w zakresie ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. W ocenie KIO, nie jest to dowód w rozumieniu § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W przedmiocie potwierdzania spełniania warunków podmiotowych przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, orzekały sądy okręgowe, np. w sprawie wykonawcy z Portugalii w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 23 stycznia 2007 r. sygn. akt II Ca 1351/06 i w sprawie wykonawcy z Francji w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 21 marca 2007 r. sygn. akt II Ca 87/07. W sprawach tych ocena nie dotyczyła złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W rozpoznanej sprawie istotę sporu stanowi dodana część zdania w tłumaczeniu dokumentu z dnia 12 marca 2010 r. na język polski, która nie została zamieszczona w wersji oryginalnej dokumentu. Część ta została uznana za informację nieprawdziwą, w sytuacji, gdy w ocenie zamawiającego, oryginalny dokument nie zawierał informacji nieprawdziwej.

Oceniając ustalenia KIO uznała, że wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu niezgodności tłumaczenia zaświadczenia z oryginałem nie jest tożsame z wykluczeniem z powodu złożenia nieprawdziwych informacji.

Mając powyższe na uwadze, KIO uznała, że odwołujący zasadnie podniósł naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, przez czynność uznania informacji za nieprawdziwą, bez dokonania w tym zakresie ustaleń, których wyniki byłyby przedstawione, chociażby na rozprawie. Zatem, KIO orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust.1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

