

Sygn. akt KIO/UZP 36/10

WYROK
z dnia 21 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Luiza Łamejko

Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 stycznia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **AGTES sp. z o.o., 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Straży Granicznej, 00 – 463 Warszawa, ul. Podchorążych 38** protestu z dnia **23 grudnia 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża AGTES sp. z o.o., 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300A

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **AGTES sp. z o.o. 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300A**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset) przez **AGTES sp. z o.o., 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300A** na rzecz **Komenda Główna Straży Granicznej, 00 – 463 Warszawa, ul. Podchorążych 38** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy, pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AGTES sp. z o.o. 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300A**

Uzasadnienie

Odwołujący – Agtes sp. z o. o. w Warszawie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę sprzętu i oprogramowania do kontroli ruchu granicznego i ochrony granicy państwowej zarzucił Zamawiającemu, którym jest Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie, naruszenie:

art. 7 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami;

art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 9 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania EAS Envimet Analytical System G.m.B.H do uzupełnienia dokumentów, ewentualnie zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy;

art. 24 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy wyżej wskazanego na podstawie powołanych przepisów.

Wskazując zarzuty wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty, nakazanie wezwania wykonawcy EAS Envimet Analytical System G.m.B.H do uzupełnienia dokumentów, ewentualnie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie przepisów wskazanych w zarzutach oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że w pkt VIII. 4. SIWZ zawarto wymóg dołączenia do oferty aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9

ustawy w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Powołał § 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów(...), zgodnie z którym w sytuacjach tam przewidzianych właściwym jest dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem (...). Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca złożył oświadczenie w języku angielskim z podpisem notarialnie poświadczonym wraz z tłumaczeniem na język polski; dokument ten nie jest w ocenie Odwołującego zgodny co do formy określonej w przepisie rozporządzenia, co skutkuje obowiązkiem wezwania do uzupełnienia, a w przypadku braku uzupełnienia dokumentu, obowiązkiem wykluczenia wykonawcy. Odwołujący wskazuje, krytykując pogląd KIO wyrażony w wyroku z 31.03.2009 r. sygn. KIO/UZP 330/09 że forma oświadczenia podmiotów zagranicznych winna odpowiadać formie aktu notarialnego. W innym przypadku, zamawiający nie miałby podstaw do weryfikowania zgodności formy tych oświadczeń. Powołał wyrok SO w Warszawie z 26.02.2007 r. (sygn. akt V Ca 47/07) zgodnie z którym w dokumencie, który opatrzony jest pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, notariusz stwierdził jedynie, że (...) złożył swój podpis pod dokumentem. Nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem, a przepis rozporządzenia (w sprawie dokumentów) wprost przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem. W świetle polskiego prawa przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa oraz złożenia oświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że notariusz poświadczając podpis w złożonym dokumencie nie potwierdził zapoznania się z treścią składanego oświadczenia oraz jego prawdziwością, ale wyłącznie potwierdził autentyczność podpisu osoby składającej oświadczenie.

Uzasadniając wniosek o wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Odwołujący wskazał, że złożona przez wybranego wykonawcę gwarancja wadialna przewiduje, że Zamawiający może zatrzymać wadium w okolicznościach wskazanych w ustawie, ale pod warunkiem, że oferta ta zostanie wybrana. Zakwestionował interpretację Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu jako swobodną i nieprawidłowo traktującą oznaczenie zdania punkt 4 jako jedynie uchybienie w zakresie formy, nie zaś w zakresie treści złożonej gwarancji. Odwołujący stwierdził, że uchybienie w treści gwarancji nie umożliwia Zamawiającemu zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy. Złożona gwarancja, jak wskazuje Odwołujący umożliwia zatrzymanie wadium wyłącznie na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zauważył również, że nie ma podstaw korygowania bądź uzupełnienia gwarancji na podstawie złożonego przez wystawcę pisma po terminie składania ofert. Stwierdził, że ograniczenie przez gwaranta warunków zatrzymania wadium w stosunku do przesłanek wynikających z ustawy powoduje, że wadium

należy uznać za nie wniesione. Wskazał również na wyrok KIO sygn. KIO/UZP 594/09 m. In. o braku możliwości interpretacji treści gwarancji wadialnej wg zasad wykładni oświadczeń woli wg art. 65 § 1 kc, a także KIO/UZP 209/09 o konieczności obejmowania przez gwarancję bankową pełnego zakresu przypadków zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Uzasadniając wniosek o wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Odwołujący wskazał, że przedłożone przez wybranego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego dokumenty mające potwierdzać, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, są oświadczeniami strony mającymi jedynie podpisy notarialnie poświadczone i nie zostały one złożone przed notariuszem, co stanowi uchybienie przepisowi § 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...)

Zamawiający rozpatrując zarzuty uznał je za nieuzasadnione.

Wskazał, że wykonawca EAS Envimet Analytical System G.m.B.H w ofercie na s. 25-26 złożył dokument – oświadczenie przysięgłe złożone w formie pisemnej przez członka zarządu – Petera C. Schmidta, reprezentującego podmiot, w którym potwierdzono, że wobec spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Zamawiający stwierdził, że oświadczenie to zostało złożone przed notariuszem, co opiera na dokumentach ofertowych, z których wynika, że osoba uprawniona do reprezentowania wykonawcy stawiała się przed notariuszem, który potwierdził jej tożsamość oraz autentyczność podpisu pod złożonym oświadczeniem, co oznacza obecność przed notariuszem. Zauważając, że oryginał oświadczenia stanowi nierozdzielalną całość z poświadczeniem dokonany przez notariusza Zamawiający nie znalazł podstaw, aby kwestionować poprawność oświadczenia, tym bardziej, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, nie nakłada na wykonawców spoza terytorium RP obowiązku składania oświadczeń w ściśle określonej formie, w tym w formie aktu notarialnego. Powołał wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 330/09, zgodnie z którym brak jest podstaw do oceny oświadczeń składanych przez wykonawców spoza terytorium RP wg ustawy Prawo o notariacie lub innych obowiązujących w Polsce w tym zakresie przepisów. Zamawiający wskazał, że notariusz nie tylko poświadczył autentyczność podpisu osoby, ale również zweryfikował dane rejestrowe spółki, stwierdzając, że osoba składająca oświadczenie jest umocowana do jego złożenia i podpisania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej Zamawiający stwierdził, że w złożonej gwarancji wymieniono i opisano wszystkie okoliczności zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, przy czym w pkt 1 – 3 opisano warunki stanowiące podstawę do zatrzymania wadium po wyborze oferty, natomiast w pkt 4 opisano okoliczności stanowiące podstawę zatrzymania wadium, które mogą zaistnieć wyłącznie w okresie, w

którym jest dokonywana ocena złożonych ofert. Tym samym warunki opisane w pkt 1 – 3 oraz warunek opisany w pkt 4 należy traktować rozłącznie, gdyż odnoszą się do dwóch odrębnych etapów postępowania. Zamawiając stwierdza też, że zdanie z pkt 4 jest gramatycznie odrębne, a ujęcie go w kolejnym punkcie (4) może być uznane jedynie jako uchybienie w zakresie formy, nie zaś treści złożonej gwarancji.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Zamawiający stwierdził, że:

1/ na potwierdzenie, że nie otwarto likwidacji EAS Envimet Analytical System G.m.B.H ani nie ogłoszono jego upadłości – wykonawca przedstawił urzędowe potwierdzenie z informacją, że wobec firmy nie jest prowadzone żadne postępowanie upadłościowe lub układowe(...), a w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedstawił oświadczenie złożone przed notariuszem, że na dzień 1.12.2009 r. wobec firmy EAS Envimet Analytical System G.m.B.H nie była prowadzona procedura likwidacji firmy;

2/ na potwierdzenie, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, wykonawca złożył w ofercie wymienione zaświadczenia oraz na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczenie złożone przed notariuszem, że firma nie zalegała z uiszczeniem opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne;

3/ na potwierdzenie, że EAS Envimet Analytical System G.m.B.H nie podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 wykonawca złożył niewystarczające dokumenty, a w wyniku wezwania przedłożył dokument zawierający oświadczenie przysięgłe złożone przed notariuszem potwierdzające, że na dzień 1.12.2009 r. wobec firmy nie zaistniały okoliczności wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, które wykluczałyby spółkę z udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne.

W odniesieniu do formy oświadczeń złożonych przed notariuszem, wskazanych w pkt 1 – 3 Zamawiający podtrzymał argumentację podaną przy rozstrzygnięciu pierwszego zarzutu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut dotyczący wadium wniesionego przez EAS Envimet Analytical System G.m.B.H stwierdzono, że wykonawca ten załączył do oferty gwarancję bankową z dnia 20.11.2009 r., w której wystawca oświadczył, że gwarantuje zapłatę 220.000 PLN „Bezwarunkowo, po otrzymaniu pisemnego żądania od odbiorcy (Komenda Główna Straży Granicznej). Posiadający dokument zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

1/ odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

2/ nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3/ zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

4/ zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 (Polskie Prawo Zamówień Publicznych), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 (Polskie Prawo Zamówień Publicznych), lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. (...)"

W ocenie Izby w powołanej gwarancji bankowej wymieniono okoliczności zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a, jak i w art. 46 ust. 5 ustawy. Oczywiście jest, że przesłanki zatrzymania wadium określone w pkt 4 gwarancji opisują zdarzenia, jakie mogą nastąpić przed wyborem oferty i rzeczywiście, biorąc pod uwagę treść oryginału dokumentu należy zdanie wpisane przy pkt 4 traktować jako zdanie odrębne od wskazanych w pkt 1 – 3. Tym samym należy stwierdzić, że oferta EAS ENVIMET Analytical System G.m.B.H została zabezpieczona wadium i wykonawca ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca EAS ENVIMET Analytical System G.m.B.H przesłał Zamawiającemu oświadczenie przysięgłe z dnia 11.12.2009 r., w którym deklaruje jako pełnomocnik wykonawcy, że spółka nie kwalifikuje się do żadnej z kategorii wymienionych w art. 24 punkt 1.2 i 1.3 ustawy o zamówieniach publicznych RP.

Oświadczenie opatrzone jest stwierdzeniem notariusza, który potwierdza autentyczność podpisu składającego oświadczenie. Ponadto notariusz stwierdził, że „prawo do podpisu zostało niniejszym potwierdzone na podstawie naszego sprawdzenia rejestru przedsiębiorstwa(...)”.

W kolejnym oświadczeniu z dnia 17.12.2009 r. o analogicznej treści do wyżej wskazanej wykonawca deklaruje, że wobec niego nie zaistniały żadne okoliczności wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 1-9 ustawy, które wykluczałyby go z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Oceniając prawidłowość dokumentów należy stwierdzić, że zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 665 ze zm.), na potwierdzenie, że wykonawca mający siedzibę poza terytorium RP, nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy, w braku innych dokumentów wskazanych w rozporządzeniu, składa dokument w postaci oświadczenia złożonego przed notariuszem.

W ocenie składu orzekającego Izby, należy uznać, że oświadczenia przysięgłe złożone w wyniku wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zostały złożone

przez osobę uprawnioną do działania w imieniu wykonawcy, przed notariuszem. Wniosek ten wynika z faktu, że osoba uprawniona stawiała się w dniu złożenia oświadczenia przed notariuszem, notariusz poświadczył złożony w jego obecności podpis, a nadto potwierdził uprawnienie stawającego do reprezentowania podmiotu, w imieniu którego oświadczenia zostały złożone. Tym samym, w ocenie Izby, doszło do złożenia oświadczenia przed notariuszem, o jakim mowa w powołanym przepisie rozporządzenia. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie zawarte w odwołaniu, jakoby działania notariusza były ograniczone jedynie do potwierdzenia autentyczności składanego podpisu. Izba uznała przy tym, że z przepisu rozporządzenia nie wynika wymóg składania oświadczenia wyłącznie w formie aktu notarialnego w rozumieniu prawa polskiego. Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, iż złożone oświadczenie nie jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem przewidzianym przepisami prawa.

W konsekwencji uznania, że wykonawca złożył prawidłowe dokumenty, które potwierdzały spełnienie przez niego wskazanych w odwołaniu warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia tego podmiotu z udziału w przedmiotowym postępowaniu, jak również do nakazania Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie ustawowych warunków.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....