

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się u udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum: POLDIM S.A. (Lider konsorcjum), AB Kauno Tiltai oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik z adresem korespondencyjnym dla Lidera konsorcjum: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Lublin, Plac Łokietka 1, 20-950 Lublin** w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa drogi dojazdowej do obwodnicy Miasta Lublin – przedłużenie ul. Mełgiewskiej w kierunku węzła drogowego „Mełgiew” w ciągu dróg ekspresowych S12, S17 i S19”

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: POLDIM S.A. (Lider konsorcjum), AB Kauno Tiltai oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik z adresem korespondencyjnym dla Lidera konsorcjum: POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum: POLDIM S.A. (Lider konsorcjum), AB Kauno Tiltai oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik z adresem**

**korrespondencyjnym dla Lidera konsorcjum: POLDIM S.A.,
ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów,**

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Lublin, Plac Łokietka 1, 20-950 Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa drogi dojazdowej do obwodnicy Miasta Lublin – przedłużenie ul. Mełgiewskiej w kierunku węzła drogowego „Mełgiew” w ciągu dróg ekspresowych S12, S17 i S19”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23.02.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 26.02.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 40-058700.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **25.02.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Zamawiający pismem z dnia **31.05.2010 r.** zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż z dokumentów złożonych we wniosku w odniesieniu do członka Konsorcjum – AB Kauno Tiltai oraz członka jego organu zarządzającego (Gedriusa Cvilikasa) przedłożono dokumenty, które odnoszą się do art. 33 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej. Jak wskazał Zamawiający brak jest podstaw do stwierdzenia, że wskazany zakres czynów z art. 33 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej jest tożsamy z zakresem wynikającym z treści art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił się o złożenie następujących dokumentów:

1. Dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp;

2. Dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym

organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

W powyższym zakresie Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin do 11.06.2010 r. do godziny 15.30.

Odwołujący pismem z dnia **10.06.2010 r.** uzupełnił w odniesieniu do członka Konsorcjum - AB Kauno Tiltai dokumenty przekazując Zamawiającemu oświadczenie złożone przed notariuszem w dniu 03.06.2010 r. przez pana Giedriusa Cvilikasa, w którego treści ten ostatni oświadczył, że nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że zakres czynów o charakterze przestępczym określony w przepisie art. 33 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu **09.07.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwania Odwołujący przedłożył zaświadczenie pana Giedriusa Cvilikasa złożone przed notariuszem (...). Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone w dniu 03.06.2010 r. to jest później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 26.03.2010 r. Jednocześnie Zamawiający uznał, że zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W dniu **19.07.2010 r.** wykonawca Konsorcjum: POLDIM Spółka z o.o., AB Kauno Tiltai oraz PW SADEX Janusz Sadlik wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując jako czynności stanowiące podstawę jego wniesienia:

- wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp ze względu na rzekomy brak wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- dokonanie badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i związanym z tym przyznaniu ocen spełniania tych warunków przez uczestników postępowania.

- zaniechanie zaproszenia Odwołującego się do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Wskazany wyżej czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że Odwołujący wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 26.03.2010 r.
2. Naruszenie § 4 ust. 3 z dnia 30 grudnia 2009 r. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) poprzez uznanie, że zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, pomimo faktu przedłożenia przez Odwołującego dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, że zakres czynów o charakterze przestępczym określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.
3. Naruszenie art. 51 ust. 1 a ustawy Pzp poprzez brak oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego się
4. Naruszenie art. 51 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego się do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne.
5. Obrazę art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zakazu ograniczania w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii Europejskiej w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i przyznania poszczególnym uczestnikom postępowania ocen spełniania tych warunków;
3. nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego się do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne.
4. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 9 lipca 2010 r. (pismo z dnia 07.06.2010 r., znak: ZP.P.1.341-2-1/10) Zamawiający powiadomił Odwołującego się o wykluczeniu tego ostatniego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania przez Wykonawcę - w ocenie Zamawiającego - spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż Wykonawca we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączył zaświadczenie z rejestru urzędowego osób podejrzanych, oskarżonych i karanych w sprawie osoby prawnej uczestniczącej w przetargu publicznym, dotyczące Partnera Konsorcjum: AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46, 46, 52-105 Kowno, Litwa. Przedmiotowe zaświadczenie potwierdza, że w stosunku do spółki AB Kauno Tiltai nie wydano prawomocnego wyroku sądowego w związku z czynami przestępczymi określonymi w art. 33 ust. 1, ust. 2 pkt. 3 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej. Ponadto ww. zaświadczenie potwierdza, że urzędujący członek organu zarządzającego Pan Giedrius Cvilikas nie był karany za czyny o charakterze przestępczym, określone w art. 33 ust. 1 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 31 maja 2010 r., nr ZP.P.1.341-2-1/10 - Zamawiający zwrócił się do niego o złożenie następujących dokumentów:

3. Dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp;

4. Dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub

gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył oświadczenie Pana Giedriusa Cvilikasa złożone przed notariuszem, iż nie orzeczono wobec Wykonawcy zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że zakres czynów o charakterze przestępczym określony w przepisie art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Przedmiotowe oświadczenie zostało opatrzone datą 03.06.2010 r., tj. w ocenie Zamawiającego później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (czyli 26.03.2010 r.).

Dodatkowo Zamawiający uznał, że zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż w konkluzji swego rozstrzygnięcia z dnia 07.06.2010 r. Zamawiający stwierdził, iż: *„Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) - Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu ”.*

Jednocześnie Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z informacją o otrzymanych przez nich ocenach spełniania tych warunków.

W ocenie Odwołującego się powyższe czynności Zamawiającego zostały dokonane w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (na którym Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie): *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.* Zdaniem Odwołującego zastosowanie zacytowanego przepisu w uwarunkowaniach niniejszej sprawy nie wytrzymuje konfrontacji z zaistniałym stanem faktycznym.

Zdaniem Odwołującego cechy bezpodstawności posiada stwierdzenie Zamawiającego, jakoby zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach

Publicznych Republiki Litewskiej nie był tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Argumentując swoje stanowisko Odwołujący wskazał, że:

- 1) po pierwsze - Zamawiający stawiając tezę o niekompatybilności w powyższym zakresie nie wskazał jakichkolwiek twierdzeń ani dowodów, co do zasadności swego stanowiska (które to stanowisko ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że: „(...) *Zamawiający uznał (...)*”, iż zakres litewskiej i polskiej ustawy Pzp nie pokrywają się”. Jak zauważył Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., UZP/ZO-1094/99: *„Stwierdzenie nieprawidłowości oświadczenia dostawcy musi być udokumentowane, nie może pozostawiać wątpliwości co do tego, jakie informacje (które dane) zostały podane jako nieprawdziwe”*. Przenosząc treść zacytowanego orzeczenia na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem Odwołującego, stwierdzić należy, że Zamawiający obowiązany był wskazać, na czym miała polegać niezgodność ww. aktów prawnych;
- 2) po drugie - okoliczność, że zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, potwierdza dowód w postaci załączonej Opinii Prawnej opracowanej przez litewską Kancelarię prawną, o przeprowadzenie którego Odwołujący wnosi na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego z powołanej opinii prawnej jednoznacznie wynika, iż zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. W konsekwencji uznać należy, że niezasadne było wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekomą niezgodność ww. aktów prawnych w omawianym zakresie.

Jak wskazał w uzasadnieniu Odwołujący drugą i ostatnią przyczyną uzasadniającą, w ocenie Zamawiającego, wykluczenie jego z postępowania był fakt, że oświadczenie tego ostatniego zostało złożone w dniu 03.06.2010 r., czyli rzekomo później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 26.03. 2010 r.

Na wstępie Odwołujący wskazał, że złożenie przez wykonawcę oświadczenia udokumentowanego przez litewskiego notariusza było konsekwencją wezwania Zamawiającego z dnia 31.05.2010 r. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie

złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w ww. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (tj. m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu), 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.

W związku z treścią przytoczonych przepisów należy rozstrzygnąć, co powinno rozumieć się pod pojęciem dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Otóż bez wątplenia są to oświadczenia oraz dokumenty dotyczące - na co wskazuje treść rzeczzonego przepisu - przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu.

Jak słusznie zauważył E. Norek na gruncie omawianego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *„Uzupełnione oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań stawianych oferowanym przez wykonawców dostawom, usługom lub robotom budowlanym nie później niż według stanu na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Jeżeli oświadczenie poświadcza dane najpóźniej na dzień złożenia oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), dla jego skuteczności nie ma znaczenia, że zostało zawarte w dokumencie opatrzonym późniejszą datą”.*

Odwołujący podniósł, że w literaturze przedmiotu zaprezentowane wyżej stanowisko jest powszechnie akceptowane. Wskazał w tym zakresie na wywód J. Piroga, wedle którego: *„(...) uzupełniane oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych najpóźniej na dzień ustalony jako termin składania ofert lub wniosków. Tak więc dokumenty mogą być wystawione w różnym czasie, nawet po terminie otwarcia ofert, ale z ich treści jednoznacznie musi wynikać, że warunek, na potwierdzenie spełniania którego zostały złożone, był spełniany już w dniu wyznaczonym na składanie ofert lub wniosków”.*

Zdaniem Odwołującego z powyższego poglądu wynika, że opatrzenie objętego uzupełnieniem oświadczenia datą późniejszą niż dzień składania ofert (wniosków) nie ma żadnego znaczenia dla skuteczności takiego oświadczenia w sytuacji, jeśli z jego treści wynika, że poświadcza ono dane istniejące *de facto* najpóźniej na dzień złożenia oferty (wniosku).

Powyższe stanowisko, zdaniem Odwołującego, zostało w pełni zaaprobowane w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych. Wskazał w tym zakresie na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2007 r., znak: UZP/ZO/0-298/07, LexPolonica nr 1805640, zgodnie z którym: *„Uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert, ale ich treść powinna potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert”*.

W innym wyroku Zespół Arbitrów z dnia 26 kwietnia 2007 r., znak: UZP/ZO/0-486/07, LexPolonica nr 2000915 stwierdził, że: *„Złożenie na podstawie art. 26 ust. 3 w określonym terminie dokumentów datowanych później niż termin składania wniosku nie stanowi podstawy stwierdzenia niespełnienia warunku. Istotne jest, aby treść dokumentu potwierdzała spełnienie warunku na dzień składania wniosku”*.

Dodatkowo wskazał, iż w wyroku z dnia 13 listopada 2007 r., znak: UZP/ZO/0-1329/07 Zespołu Arbitrów stwierdził, iż: *„Dopuszczalne jest przedkładanie przez wykonawców nowych dokumentów, które potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony przez Zamawiającego jako termin uzupełnienia”*.

Odwołujący przywołał także orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 19 grudnia 2006 r., znak: UZP/ZO/0-2940/06, zgodnie z którym: *„Dokument francuskiego Sądu Handlowego Rejestrowego nie odzwierciedlający rzeczywistego stanu na dzień jego wystawienia nie może być podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na tej tylko podstawie, że opatrzony jest datą późniejszą niż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i że z treści tego dokumentu nie wynika, że był spełniony warunek na dzień składania wniosku”*.

W dalszej kolejności zauważył, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 r., znak: KIO/UZP 103/07 stwierdzone zostało, iż: *„ Ustawodawca zezwala, aby dokumenty złożone w wyniku wezwania potwierdzały stan na dzień wyznaczony przez Zamawiającego (a więc inny niż w przypadku wykonawców nie wezwanych). Zamawiający*

nie powinien a priori zakładać, że wykonawca nie spełnia postawionych przez niego warunków".

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączył zaświadczenie z rejestru urzędowego osób podejrzanych, oskarżonych i karanych w sprawie osoby prawnej uczestniczącej w przetargu publicznym, dotyczące Partnera Konsorcjum: AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46. Przedmiotowe zaświadczenie potwierdzało, że w stosunku do spółki AB Kauno Tiltai nie wydano prawomocnego wyroku sądowego w związku z czynami przestępczymi określonymi w art. 33 ust. 1, ust. 2 pkt 3 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej. Ponadto ww. zaświadczenie potwierdzało, że urzędujący członek organu zarządzającego Pan Giedrius C. nie był karany za czyny o charakterze przestępczym, określone w art. 33 ust. 1 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej.

Następnie, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 31.05.2010 r., Odwołujący przedłożył oświadczenie Pana Giedriusa C. złożone przed notariuszem, iż nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że zakres czynów o charakterze przestępczym określony w przepisie art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Przedmiotowe oświadczenie zostało opatrzone datą 03.06.2010 r.

W ocenie Odwołującego analiza powyższych czynności prowadzi do jednoznacznej konkluzji, że pomiędzy czynnością przedłożenia zaświadczenia z litewskiego rejestru urzędowego w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a faktem złożenia przed litewskim notariuszem oświadczenia datowanego na dzień 03.06.2010 r. występował bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy. W konsekwencji uznać należy, że oświadczenie z 03.06.2010 r. odnosiło się wprost do dokumentacji (zaświadczenia z litewskiego rejestru urzędowego) zawartej w materiale wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który to wniosek został przecież złożony przez Wykonawcę przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do składania tego typu wniosków, tj. przed dniem 26.03.2010 r.

Zdaniem Odwołującego nie ulega zatem żadnym wątpliwościom, że przedłożone przez niego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie

później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z treści zaprezentowanego zestawienia przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika niezbicie, zdaniem tego ostatniego, że potwierdzają one okoliczności zaistniałe przed dniem 26.03.2010 r. (odnoszą się bowiem one wprost do zaświadczenia z litewskiego rejestru urzędowego, wystawionego w dniu 04.02.2010 r.). Samo zaś opatrzenie oświadczenia Wykonawcy data 03.06.2010 r. może mieć walor jedynie porządkowo-techniczny nie wpływając w najmniejszy nawet sposób na fakt spełnienia przez Odwołującego się wymagań stawianym dla ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego nie znajdują zatem uzasadnienia zapatrywania Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonych czynności, jakoby: *„Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) - Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu”*. Tym samym Odwołujący podniósł, że o walorach przedłożonego przez niego oświadczenia nie przesadza umieszczona na nim data, lecz zawarta w nim treść oraz okoliczności jego złożenia. Tym samym w jego ocenie wykluczenie go przez Zamawiającego stanowiło zatem oczywiste naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - Odwołujący się wykazał bowiem ponad wszelką wątpliwość spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, prowadzi do dodatkowej konstatacji, że Zamawiający naruszył również § 4 ust. 3 z dnia 30 grudnia 2009 r. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którym: *„Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, 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. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio". Zamawiający niezasadnie bowiem uznał, że zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp - pomimo faktu przedłożenia przez Odwołującego dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, że zakres czynów o charakterze przestępczym określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (tj. w trybie § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia).

Mając zatem na uwadze, że:

- 1) zakres czynów określony w art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej jest tożsamy z zakresem czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy PZP;
- 2) przedłożone przez Wykonawcę dokumenty potwierdzały spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

Odwołujący stwierdzi, że wykluczenie go przez Zamawiającego z postępowania było całkowicie niezasadne.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że wskazane na wstępie zaskarżone czynności Zamawiającego w oczywisty sposób stanowiły obrazę art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, polegającą na naruszeniu przez Zamawiającego *zakazu* ograniczania w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii Europejskiej w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

Zgodnie z art. 56 ust. 1 Traktatu: „(...) *ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług Wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia*". Usługami w rozumieniu Traktatów - stosownie do art. 57 Traktatu - są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza: a)

działalność o charakterze przemysłowym, b) działalność o charakterze handlowym, c) działalność rzemieślnicza, d) wykonywanie wolnych zawodów.

Jak zauważono w doktrynie prawa europejskiego, swoboda świadczenia usług jest ściśle związana z traktatową swobodą przedsiębiorczości (rozdział 2 tytułu III Traktatu). Swoboda świadczenia usług odnosi się do osób tzw. samozatrudniających się. Zgodnie z orzeczeniem w sprawie C-55/94 : Reinhard Gebhard v. Consiglio Dell'Ordine degli Avocati Procuratori di Milano, do obydwu swobód mają zastosowanie te same zasady. Do tego, aby zapewnione było pełne korzystanie ze swobody świadczenia usług, konieczne jest przede wszystkim zapewnienie wykonywania wszelkich uprawnień wynikających ze swobody przepływu osób.

Omawiany Traktat w art. 49 stanowi, że przedmiotem jego zainteresowania są usługi świadczone w obrębie Wspólnoty przez obywateli Państw Członkowskich przebywających w innym państwie niż odbiorcy usług. Przepisy traktatowe zatem nie będą miały zastosowania tylko w sytuacji, gdy świadczący usługi i ich odbiorca znajdują się w tym samym państwie, nawet jeśli usługa świadczona będzie na terenie innego państwa członkowskiego. Przepisy nie stawiają wymagania fizycznego przemieszczania się w celu świadczenia usług, gdyż obecnie spotykamy się z wieloma sytuacjami, w których usługi świadczone być mogą za pomocą mediów publicznych, telefonów, faksów lub Internetu.

Odwołujący wskazał, że swoboda świadczenia usług powinna być rozpatrywana także w kontekście prawa do otrzymywania tychże usług. W sprawie 118/75: Watson Trybunał uznał, że oczywistym i koniecznym skutkiem zasady swobody świadczenia usług jest swoboda przemieszczania się w obrębie Wspólnoty w celu otrzymywania usług.

Zdaniem Odwołującego konfrontując powyższe na gruncie uwarunkowań przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że ograniczenie Partnera Konsorcjum będącego litewską spółką stanowi ograniczenie przez Zamawiającego omawianej zasady swobodnego świadczenia usług na obszarze Unii Europejskiej. Jakkolwiek - co oczywiste - wykluczenie z przetargu ze względu na przyczyny dotyczące podmiotu zagranicznego mającego siedzibę na terytorium innego Państwa UE nie stanowi samo w sobie obrazy rozpatrywanej zasady, to jednak wyeliminowanie takiego podmiotu z przetargu na podstawie oczywiście błahej, nieistotnej i nieudowodnionej przez Zamawiającego przesłanki (w postaci rzekomej niekompatybilności polskiego i litewskiego zaświadczenia o niekaralności), do ww. naruszenia prowadzi.

Zdaniem Odwołującego przyjęcie zatem argumentacji zaprezentowanej przez Zamawiającego prowadziłyby do wniosków, że podmiot mający siedzibę w innym Państwie UE (w tym przypadku na Litwie) w zasadzie pozbawiony jest możliwości ubiegania się i uzyskania zamówienia publicznego na terytorium RP. Takie postępowanie byłoby jednak nie do pogodzenia z treścią analizowanego art. 56 Traktatu.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania było więc bezzasadne. Doprowadziło to jednocześnie do naruszenia art. 51 ust. 1 a ustawy Pzp poprzez brak oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego się oraz obrazy przepisu art. 51 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego się do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne pomimo, że w ocenie Odwołującego się spełnia on warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie bowiem z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Z kolei w myśl ust. 2 ww. artykułu jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków.

W ocenie Odwołującego się spełniał on warunki w postępowaniu, a ponadto jego wniosek kwalifikował się do zaproszenia do złożenia oferty, gdyż zgodnie z kryteriami przyjętymi przez Zamawiającego powinien się znaleźć wśród wniosków z wymaganą oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu pozwalającą zakwalifikować się do dalszego etapu (składania ofert).

W ocenie Odwołującego reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający zaskarżone czynności dokonał z naruszeniem prawa, co czyni podniesione na wstępie zarzuty w pełni zasadnymi. Zdaniem Odwołującego godzi się również podnieść, że wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, niniejsze odwołanie na podstawie art. 192 ust. ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy Zamawiający przekazał treść odpowiedzi na odwołania zawartej w piśmie z dnia 23.07.2010 r. znajdującej się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji nie poddanie wniosku Odwołującego ocenie w oparciu o ustalone w treści ogłoszenia o zamówieniu kryteria oceny wniosków.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, wnioskiem Odwołującego złożonym w postępowaniu, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W odniesieniu do zarzutu podniesionego przez Zamawiającego, iż odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu Izba wskazuje, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że skoro odwołujący nie wniósł środka ochrony prawnej wobec wezwania do przedłożenia dokumentów oznacza to, iż termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 10.06.2010 r. Czynność wezwania jest nierozłącznie powiązana z ewentualnym wykluczeniem z postępowania. Może być kwestionowana jedynie w odwołaniu dotyczącym wykluczenia z postępowania. Tym samym odwołanie dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której to czynności wykonawca został powiadomiony w dniu 09.07.2010 r. Powyższy fakt nie był kwestionowany przez Zamawiającego. Wykonawca nie miał obowiązku wniesienia środka ochrony prawnej

w związku z wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy także ze względu na fakt, iż uczynił zadość powyższemu wezwaniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazania powtórnego badania, oceny wniosków, jak również dokonania powtarznej kwalifikacji złożonych wniosków, z uwagi na uprawdopodobnienie przez Odwołującego, że jego wniosek zostałby sklasyfikowany na 7 pozycji ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku podniesionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymanego w toku rozprawy w zakresie oddalenia odwołania ze względu na brak interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Izba wskazuje, iż przedstawiona przez Zamawiającego symulacja zawierająca kwalifikację punktową wniosków, zgodnie z podniesionym przez Odwołującego zarzutem, nie uwzględnia w zakresie robót drogowych oraz robót mostowych wszystkich pozycji zawartych we wniosku złożonym przez Odwołującego. Tym samym nie może ona stanowić podstawy do uznania, iż wniosek Odwołującego zostałby zakwalifikowany na 8 miejscu, co nie uprawnia do zaproszenia go do składania ofert. Izba nie może uznać symulacji dokonanej przez Zamawiającego za potwierdzającą powyższy zarzut, jak również na skutek braku wszystkich wniosków złożonych w postępowaniu Izba nie jest uprawniona do zastępowania Zamawiającego w opracowaniu rankingu złożonych w postępowaniu wniosków. Tym samym należy uznać, iż fakt zakwalifikowania wniosku złożonego przez Odwołującego na 8 miejscu nie został przez Zamawiającego udowodniony. Izba w oparciu o zawarte na str. 57-65 oraz na str. 144-147, złożonego w postępowaniu przez Odwołującego wniosku, wykazy robót ustaliła, iż przedłożona przez Zamawiającego symulacja nie uwzględnia wszystkich pozycji zawartych w wykazach.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści wniosku złożonego w postępowaniu przez Odwołującego, treści ogłoszenia o zamówieniu, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tłumaczenia art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej dokonanego przez tłumacza przysięgłego Witolda Jana B. (Nr TP/4468/05) z dnia 27.07.2010 r., przywołanej jako dowód przez Odwołującego opinii

prawnej z dnia 16.07.2010 r. sporządzonej w Wilnie przez adwokata Kęstutisa P. oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba postanowiła w oparciu o art. 190 ust. 6 ustawy Pzp nie uwzględnić wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego w toku rozprawy w zakresie zasięgnięcia opinii Ministerstwa Sprawiedliwości celem ustalenia, iż zakres przedmiotowy określony w art. 24 ust. 1 pkt.4 – 9 ustawy Pzp odpowiada zakresowi określonemu w art. 33 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej oraz dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia kwalifikacji punktowej wniosków złożonych w postępowaniu. Izba stwierdziła, iż zgromadzony w niniejszym postępowaniu odwoławczym materiał dowodowy umożliwi ocenę zgodności art. 33 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej z art. 24 ust. 1 pkt.4 – 9 ustawy Pzp, zaś ze względu na nieuwzględnienie przez Izbę zarzutu dotyczącego braku interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej drugi z wniosków stał się bezprzedmiotowy. Wobec powyższego należy uznać, iż powyższe dowody zostały przywołane przez Odwołującego jedynie dla zwłoki, zaś fakty będące przedmiotem dowodzenia zostały już stwierdzone innymi dowodami stosownie do treści art. 190 ust. 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci ogłoszenia o zamówieniu, wniosku złożonego w postępowaniu przez wykonawcę Konsorcjum: POLDIM S.A. (Lider konsorcjum), AB Kauno Tiltai oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodu przywołanego przez Zamawiającego w postaci tłumaczenia art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej dokonanego przez tłumacza przysięgłego Witolda Jana B. (Nr TP/4468/05) z dnia 27.07.2010 r., przywołanej jako dowód przez Odwołującego opinii prawnej z dnia 16.07.2010 r. sporządzonej w Wilnie przez adwokata Kęstutisa P. oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Dokonana przez Izbę analiza powyższych dowodów wskazuje, iż tłumaczenie art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej przywołane jako dowód przez Zamawiającego i tłumaczenie art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej zawarte w opinii przywołanej jako dowód przez Odwołującego nie zawierają istotnych dla rozstrzygnięcia rozbieżności. Tym samym Izba uznała, iż w odniesieniu do brzmienia art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej pomiędzy Stronami nie występuje spór mogący mieć wpływ dla oceny stanu prawnego i faktycznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 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 (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) wskutek wykluczenia Odwołującego Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż wykonawca Konsorcjum: POLDIM S.A. (Lider konsorcjum), AB Kauno Tiltai oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik w złożonym w postępowaniu wniosku w odniesieniu do członka Konsorcjum - AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46, 52-105 Kaunas, Litwa w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przedłożył na str. 129 oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz przedłożył wraz z tłumaczeniem na język polski na str. 136 i 137 zaświadczenie z rejestru urzędowego osób podejrzanych, oskarżonych i karanych w sprawie osoby prawnej uczestniczącej w przetargu publicznym wstawione przez Departament Informacji i Łączności przy Ministerstwie Spraw Wewnętrznych Republiki Litewskiej. Powyższe zaświadczenie wskazuje, iż dane z Rejestru Urzędowego osób podejrzanych, oskarżonych i karanych jest aktualne na dzień 04.02.2010 r. W odniesieniu do AB Kauno Tiltai powyższe zaświadczenie potwierdza, iż nie wydano uprawomocnionego wyroku sądowego w związku z czynami przestępczymi, określonymi w art. 33 ust. 1, ust. 2 pkt 3 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej (Žinios, 1996, Nr 84-2000, Nr 4-102), zaś w odniesieniu do pana Giedriusa C. potwierdza, iż nie był on karany za czyny o charakterze przestępczym, określone w art. 33 ust. 1 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej.

W odniesieniu do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zakres dokumentów, których może żądać zamawiający określa § 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). W odniesieniu do

przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp ww. rozporządzenie określa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c, iż zamiast dokumentu w postaci aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego zamawiający może żądać dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzających odpowiednio, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. W odniesieniu do przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp ww. rozporządzenie określa w § 4 ust. 1 pkt 2, iż zamiast dokumentu w postaci aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym powyżej wykonawca składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła w oparciu o zawarte na str. 130 i 131 wniosku złożonego przez Odwołującego zaświadczenie o rejestracji wraz z tłumaczeniem na język polski, iż AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46, 52-105 Kaunas, Litwa jest osobą prawną działającą w formie spółki akcyjnej. W oparciu o zawarty na str. 138 i 139 wniosku złożonego przez Odwołującego odpis skrócony z Rejestru Osób Prawnych Republiki Litewskiej z dnia 10.02.2010 r. Izba ustaliła, iż funkcję Dyrektora Generalnego AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46, 52-105 Kaunas, Litwa pełni pan Giedrius C.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż w odniesieniu do podmiotów zbiorowych, w tym osób prawnych - spółek kapitałowych składane dla nich dokumenty w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp winny potwierdzać, iż sąd nie orzekł wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. W odniesieniu do urzędujących członków organów zarządzających osób prawnych składane dla nich dokumenty w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp winny potwierdzać, iż nie skazano ich prawomocnie za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Tym samym w odniesieniu do urzędujących członków organów zarządzających osób prawnych składane dla nich dokumenty powinny obejmować, zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 2 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, katalog czynów określonych enumeratywnie w art. 24 ust.

1 pkt 8 ustawy Pzp. W przypadku gdy zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą nie odnosi się do czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp powinno ono być zastąpione, zgodnie z treścią § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, 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.

Po drugie Izba ustaliła, iż art. 33 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej określa warunki wykluczające i ograniczające uczestnictwo wykonawców w zamówieniu. Jak zostało ustalone przez Izbę złożone w ofercie Odwołującego dla członka Konsorcjum - AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46, 52-105 Kaunas zaświadczenie odnosi się w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (w zakresie urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej) do treści art. 33 ust. 1 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej, zaś w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (w zakresie osoby prawnej – spółki kapitałowej) do art. 33 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej.

Izba ustaliła w oparciu o włączony w poczet materiału dowodowego dowód z dokumentu w postaci tłumaczenia art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej (Žinios,1996, Nr 84-2000, Nr 4-102) dokonany przez tłumacza przysięgłego Witolda Jana B. (Nr TP/4468/05) z dnia 27.07.2010 r. oraz w oparciu o przywołaną jako dowód przez Odwołującego opinię prawną z dnia 16.07.2010 r. sporządzoną w Wilnie przez adwokata Kęstutisa P., iż wskazany w odniesieniu do pana Giedriusa C. – Dyrektora generalnego AB Kauno Tiltai art. 33 ust. 1 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie obejmuje pełnego katalogu czynów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że przywołany w odniesieniu do AB Kauno Tiltai art. 33 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej (Žinios,1996, Nr 84-2000, Nr 4-102) nie zawiera w zawartym katalogu czynów orzeczonego przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienia stosownie do zawartego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba ustaliła, iż Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do członka Konsorcjum - AB Kauno Tiltai, Ateities pl. 46, 52-105 Kaunas w zakresie określonym

w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp i doprecyzowanym w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c 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. Izba ustaliła także, iż w związku z powyższym Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do urzędującego członka organu zarządzającego (Pana Giedriusa C. – Dyrektora generalnego) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i doprecyzowanym w § 4 ust. 2 oraz 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.

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego, że oświadczenie uzupełnione przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 10.06.2010 r. zostało złożone w niewłaściwej formie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią § 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 nie jest wymagana forma aktu notarialnego lecz oświadczenie winno być złożone przed notariuszem. Tym samym przedłożone przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 10.06.2010 r. oświadczenie pana Giedriusa C. spełnia ten warunek.

Choć przedłożone w ramach uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego oświadczenie pana Giedriusa C. zawiera zapis, iż wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne to nie zawiera ono wzmianki, na jaki dzień powyższe oświadczenie potwierdza, iż ww. fakt nie miał miejsca. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp „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”. Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego zawartą w uzasadnieniu wniesionego odwołania, że analiza powyższych czynności prowadzi do jednoznacznej konkluzji, że pomiędzy czynnością przedłożenia zaświadczenia z litewskiego rejestru urzędowego w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a faktem złożenia przed litewskim notariuszem oświadczenia datowanego na dzień 03.06.2010 r. występował bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy i tym samym w konsekwencji uznać należy, że oświadczenie z 03.06.2010 r. odnosiło się wprost do dokumentacji (zaświadczenia z litewskiego rejestru urzędowego) zawartej w materiale wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu, który to wniosek został złożony przez Wykonawcę przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do składania tego typu wniosków, tj. przed dniem 26 marca 2010 r. Zdaniem Izby treść oświadczenia woli w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie nowej przesłanki (brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne) nie sposób odnieść i oceniać w oparciu o złożone wcześniej urzędowe dokumenty – wystawione przez niezależny od wykonawcy organ. Jedynym elementem oświadczenia z dnia 03.06.2010 r. mogącym zostać odczytanym jako odniesienie do złożonych wraz z wnioskiem dokumentów jest element oświadczenia, iż zakres czynów o charakterze przestępczym określony w przepisie art. 33 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba stwierdziła, iż z treści uzupełnionego przez Odwołującego oświadczenia nie sposób wyprowadzić wniosku, że oświadczenie to potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż przed terminem składania wniosków – stosowanie do treści art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, iż analiza treści art. 33 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej wskazuje, iż jedynie art. 33 ust. 1 ww. ustawy odnosi się do kierownika wykonawcy, będącego osobą prawną (urzędującego członka organu zarządzającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Katalog zawarty w art. 33 ust. 1 ww. ustawy czynów nie odpowiada katalogowi zawartemu w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż nie obejmuje on m.in. przestępstw popełnionych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową oraz przestępstw przeciwko środowisku.

Izba ustaliła, iż dopiero art. 33 ust. 4 Ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej zawiera czyny zbliżone do określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – jednakże odnosi się on jedynie do osób fizycznych i osób prawnych będących wykonawcami i nie sposób odnieść jego treści do osób pełniących funkcje w organach zarządzających osób prawnych.

Powyższe okoliczności potwierdza zarówno tłumaczenie art. 33 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej dokonane przez tłumacza przysięgłego Witolda Jana B. (Nr TP/4468/05) z dnia 27.07.2010 r., jak również przywołana jako dowód przez Odwołującego opinia prawna z dnia 16.07.2010 r. sporządzona w Wilnie przez adwokata Kęstutisa P.

Wobec powyższych okoliczności Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Pzp, co jednocześnie

spowodowało, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 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 na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania nie potwierdził się.

II. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez brak oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego się Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp Izba wskazuje, iż powyższy przepis wskazuje termin oraz podmioty, które winny zostać poinformowane przez Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. W tym zakresie Odwołujący nie udowodnił, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił zadość niezwłocznego poinformowania wykonawców o wskazanych w powyższym przepisie czynnościach, jak również nie wykazał, iż nie wszyscy wykonawcy zostali o tychże czynnościach poinformowani przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, iż nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp.

III. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 51 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego się do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne Izba uznała, iż powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Wobec uznania przez Izbę, iż nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym uznania, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania Zamawiający nie miał obowiązku poddania ocenie wniosku złożonego w postępowaniu i tym samym zaproszenia Odwołującego do składania ofert. Zgodnie z treścią art. 51 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Wobec powyższego Izba uznała, iż nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 51 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

IV. W zakresie naruszenia art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zakazu ograniczania w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii Europejskiej w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z uznaniem przez Izbę, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba pragnie wskazać, iż Odwołujący nie formułuje zarzutu niezgodności przepisów ustawy Pzp z przepisami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności orzeka w zakresie naruszenia przez instytucje zamawiające przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ponadto Izba wskazuje, iż stosowanie przepisów krajowych w odniesieniu do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie może stanowić naruszenia przepisów prawa wspólnotowego, chyba że Odwołujący wykaże, iż przepisy krajowe są niezgodne z przepisami wspólnotowymi. Odwołujący nie wskazał także, jaki związek pomiędzy sformułowanymi w treści odwołania zarzutami ma naruszenia art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i na czym miałyby polegać naruszeniu ww. przepisu. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do naruszenia wskazanego w treści wniesionego odwołania przepisu Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec uznania przez Izbę, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w treści odwołania w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....