

POSTANOWIENIE
z dnia 24 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 października 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 r. przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12 02-823 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12 02-823 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Nadzór Inżyniera w ramach projektu „Prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S 248-451984 w dniu 23 grudnia 2015 r.

Wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec wyboru oferty ECM Group Polska S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 punkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ECM z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.
- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) przez zaniechanie wezwania ECM do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających brak zalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu dla podmiotu udostępniającego ECM swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia - IDOM Inżynieria Y Consultoria S.A., w sytuacji w której podmiot ten złożył w tym zakresie oświadczenie przed notariuszem, podczas gdy w kraju, w którym podmiot ten ma siedzibę takie dokumenty są wydawane.
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania wskazanych wyżej czynności związanych z oceną oferty ECM.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty ECM jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i wezwania ECM do złożenia dokumentów w zakresie wskazanym w pkt. 2 zarzutów, wykluczenia ECM z postępowania i zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z treścią pkt 9.1.3 lit. b) cz. I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Zamawiający wskazał, że „w przypadku gdy wykonawca wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, polega na zdolnościach innych podmiotów - a

podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia - wykonawca oprócz pisemnego zobowiązania winien jest złożyć dokumenty, o których mowa w pkt 9.1.1. lit. b) IDW oraz w pkt. 9.1.2. lit a) - e) dotyczące tych podmiotów.”

Wykonawca w ramach wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego - IDOM Ingeniería Y Consultoria S.A., który to podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Wraz z zobowiązaniem zostały przedstawione dokumenty formalne IDOM, z tym że w odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w pkt 9.1.2. lit. d) IDW, tj. zaświadczenia potwierdzającego, że podmiot ten nie zalega z opłacaniem podatków, oraz w odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w pkt 9.1.2. lit. e) IDW, tj. zaświadczenia potwierdzającego, że podmiot nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, wraz z ofertą zostało przedłożone oświadczenie IDOM złożone przed notariuszem z dnia 9 marca 2016 r. nr 353 wraz z tłumaczeniem.

Przedłożenie przez ECM w ofercie ww. oświadczenia w zakresie potwierdzenia niezalegania z opłacaniem podatków i niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne było działaniem niezgodnym z przepisami ustawy PZP i rozporządzenia, bowiem w kraju w którym IDOM ma siedzibę wydawane są urzędowe dokumenty potwierdzające powyższe informacje.

Fakt wystawiania w Królestwie Hiszpanii dokumentu potwierdzającego, że podmiot nie zalega z opłacaniem podatków oraz dokumentu potwierdzającego, że podmiot nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne można potwierdzić choćby na stronie serwisu internetowego Komisji Europejskiej na którym można znaleźć przykłady takich zaświadczeń.

Przepis § 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia odpowiada przepisowi art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym za wystarczający dowód, że wykonawca nie podlega wykluczeniu instytucja zamawiająca przyjmuje w odniesieniu do przesłanki zalegania z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne - zaświadczenie wydane przez właściwe organy państwa członkowskiego, którego to dotyczy.

Zgodnie z powyższym, jeżeli w kraju, w którym podmiot ma siedzibę wydaje się dokumenty wskazane w ust. 1 § 4 Rozporządzenia, podmiot jest zobowiązany te dokumenty złożyć. Podobnie, jak w przypadku dokumentów określonych dla wykonawcy krajowego, dokumenty te mają charakter wyłączny i wykonawca nie może wykazywać braku podstaw do wykluczenia innymi dowodami, w tym oświadczeniami własnymi.

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji

wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ten wyraźnie wskazuje, iż tylko w przypadku braku urzędowych dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w § 4 ust. 1 Rozporządzenia, możliwe jest złożenie oświadczenia przed notariuszem. Działanie w trybie § 4 ust. 3 Rozporządzenia jest zatem wyjątkiem od reguły.

Na gruncie § 4 ust. 3 rozporządzenia można także stwierdzić, iż polski ustawodawca nie wymaga od wykonawców, by zagraniczne dokumenty potwierdzały ściśle okoliczności wskazane w przepisach Rozporządzenia. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę stwierdzenia „odpowiednio”, a zatem z uwzględnieniem różnic występujących w systemach prawa. W związku z powyższym, wykonawca w tym przypadku nie może powołać się na fakt, że wystawiane w Królestwie Hiszpanii dokumenty wydawane są w węższym zakresie niż przesłanki wykluczenia wskazane w ustawie PZP.

Podsumowując, ECM nie złożył wszystkich dokumentów podmiotowych wymaganych w SIWZ dla podmiotu, na zasobach którego polega zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, więc IDOM nie udostępnił skutecznie ECM zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a co za tym idzie ECM nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia i powinien na tej podstawie zostać wykluczony z postępowania.

W świetle powyższego Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do przedłożenia właściwych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku gdyby Wykonawca nie był w stanie takich dokumentów przedłożyć, podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający nie dokonał należytej staranności przy ocenie oferty ECM, a zatem działał z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W dniu 11 października 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w formie elektronicznej. W ustawowym terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, wykonawca ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego. W toku posiedzenia Izba ustaliła, że ww. wykonawca nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu, a przez to jego przystąpienie jest nieskuteczne - niezgodne z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający, w dniu 24 października 2016 r. - na posiedzeniu, złożył do protokołu oświadczenie, iż uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił skutecznie przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: