

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Bull Polska Sp. z o.o., ul. Królewska 16, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bull Polska Sp. z o.o., ul. Królewska 16, 02-676 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bull Polska Sp. z o.o., ul. Królewska 16, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa dwóch serwerów bazodanowych wraz z systemem operacyjnym i oprogramowaniem dodatkowym” wykonawca Bull Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Centralnego Ośrodka Informatyki (dalej „zamawiający”) wezwania odwołującego, za pismem z dnia 18 lipca 2013 r., do uzupełnienia dokumentów:

1. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
2. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że odwołujący nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

pomimo że odwołujący załączył do swojej oferty dokumenty potwierdzające, że podmiot trzeci udostępniający mu zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, wydane przez właściwe organy Republiki Francuskiej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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).

Odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów we wskazanym powyżej zakresie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w potwierdzonej za zgodność kopii, odwołania z dnia 23 lipca 2013 r., odpowiedzi zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2013 r., oświadczeń Patricka Pillon - Radcy Finansowego Regionalnego Wydziału Ekonomicznego Ambasady Francji w Warszawie z dnia 31 lipca 2013 r. i 2 sierpnia 2013 r., opinii M..... P..... - eksperta Wydziału Promocji, Hadlu i Inwestycji Ambasady RP we Francji z dnia 5 sierpnia 2013 r., opinii adwokat I..... Ł..... – G..... z dnia 8 sierpnia 2013 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby zobowiązany jest z urzędu zbadać legitymację odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W wyniku tego badania skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ, o ile odwołujący miał i nadal ma interes w uzyskaniu zamówienia wynikający z faktu złożenia oferty, które nie została przez zamawiającego odrzucona, o tyle odwołujący nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku czynności zamawiającego z dnia 18 lipca 2013 r.

Wskazać bowiem należy, że zakwestionowana w odwołaniu czynność zamawiającego, polegająca na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, odnoszących się do podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, sama w sobie, nawet jeśli została dokonana przez zamawiającego z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może narazić odwołującego na unicestwienie jego szans na uzyskanie zamówienia i związanych z jego realizacją korzyści – samo wezwanie, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 3 maja 2010 r. o sygn. akt XIX Ga 148/10, nie generuje wobec jego adresata negatywnych skutków prawnych.

Czynnością, która może narazić odwołującego na poniesienie szkody w następstwie nie uzyskania przedmiotowego zamówienia jest inna, odrębna od czynności wezwania czynność zamawiającego, polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty odwołującego w wyniku tego wykluczenia, co jednak nie nastąpiło. Wobec tej odrębnej czynności przysługiwać będzie odwołującemu prawo wniesienia odwołania i ochrony w ten sposób interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentów, dopuszczona przez ustawodawcę przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma na celu zapobieżenie eliminacji z postępowania ofert, które odpowiadają oczekiwaniom zamawiającego co do przedmiotu zamówienia.

Instytucja ta sprzyja zwiększeniu konkurencji w postępowaniu, co dla zamawiającego niewątpliwie jest korzystne, a jednocześnie leży w interesie wykonawców, których oferty „wartościowe merytorycznie” wymagają uzupełnień, w szczególności co do wymagań podmiotowych. Biorąc pod uwagę wskazany wyżej cel wezwania do uzupełnienia dokumentów wskazać należy, że normalnym następstwem wezwania winno być uzupełnienie dokumentów i poddanie oferty ocenie z zastosowaniem przyjętych w SIWZ kryteriów oceny. Udzielenie przez odwołującego odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 lipca 2013 r. i złożenie w dniu 24 lipca 2013 r. nowych dokumentów, a nadto wyjaśnień potwierdza aprobatę odwołującego co do skorzystania z dobrodziejstwa (choćby z ostrożności) z instytucji przewidzianej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślenia również wymaga, że ustawa Pzp nie wskazuje samoistnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tak też w wyroku z dnia 12 lutego 2010 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO/UZP 1789/09 i KIO/UZP 1838/09), z czym wiązać należy właśnie brak możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku takiego wezwania, niezależnie od tego, czy wezwanie było zasadne, czy też zamawiający, na etapie badania oferty wykonawcy, popełnił błąd. Jak wskazała Izba w przywołanym wyroku z dnia 12 lutego 2010 r., co skład orzekający Izby podziela: „w przypadku przedłożenia już wraz z ofertą prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dalsze żądanie uzupełniania dokumentów przez zamawiającego (i brak uzupełnienia) pozostaje bez znaczenia dla stwierdzenia nieprawidłowości zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania”.

Nie można pominąć niezmiernie istotnej okoliczności, tj. że zamawiający nie jest związany treścią własnego wezwania oraz, iż może odstąpić od wymogów stawianych wykonawcom w wezwaniu, jeśli uzna je za niezasadne (tak też w wyroku SO w Katowicach z dnia 3 maja 2010 r. o sygn. akt XIX Ga 148/10), co może być w szczególności wynikiem dalszych analiz zamawiającego, także z uwzględnieniem opinii innych osób i podmiotów. Wiadomym to jednak będzie dopiero, gdy zamawiający podejmie decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i poinformuje o tym zainteresowanego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał, że odwołujący „w dniu 24 lipca 2013 r. dokonał uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie zaświadczenia URSSAF potwierdzającego stan opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne przez podmiot trzeci (udzielającego zasoby) na dzień 31 maja 2013 r., co oznacza, że złożenie

takiego dokumentu było możliwe już na dzień złożenia oferty. Tym samym sam odwołujący wykazuje zasadność go do uzupełnienia dokumentów”.

W odwołaniu odwołujący domaga się unieważnienia czynności wezwania, co oznacza, że uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, w zgodzie z żądaniem odwołującego, unieważnienia czynności wezwania w zakresie dokumentu potwierdzającego brak zaległości opłaty składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, w konsekwencji prowadziłyby do konieczności uznania uzupełnienia dokumentów przez odwołującego – przy piśmie z dnia 24 lipca 2013 r., za niebyłe. Byłoby to niekorzystne dla odwołującego, ponieważ pozytywna ocena przez zamawiającego złożonego na wezwanie dokumentu stwarza prawdopodobieństwo, że zamawiający nie wycofa się już z tej oceny.

Wskazać nadto należy, że ewentualna negatywna ocena przez zamawiającego złożonych przez odwołującego na wezwanie dokumentów musi być przez zamawiającego uzasadniona. Dopiero wskazana w wyniku wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podstawa faktyczna wykluczenia, obok wskazania podstawy prawnej tej czynności, pozwoli odwołującemu na podjęcie adekwatnej obrony w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia w ustawowo zagwarantowanym terminie.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie zamawiający, przed podjęciem decyzji co do istnienia podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, będzie w szczególności musiał stanąć przed koniecznością udzielenia sobie odpowiedzi na pytanie, czy dokonana przez panią M..... P..... – eksperta Wydziału Promocji, Handlu i Inwestycji Ambasady RP we Francji, i to ustna (telefoniczna) ocena (powoływał się na nią zamawiający na rozprawie), iż prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne (przedmiotowego postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp) stanowi wyjątkową okoliczność, uzasadniającą wydanie przez Urząd Finansów Państwowych dodatkowego zaświadczenia fiskalnego, potwierdzającego systematyczność zobowiązań podatkowych za poprzedni rok na „specjalną prośbę reprezentanta firmy” może w ogóle stanowić podstawę wykluczenia odwołującego, dodatkowo w sytuacji, gdy wiedzy zamawiającego (z narzędzia e-certis) o częstotliwości wydawania zaświadczeń we Francji co 6 miesięcy przeczy zarówno opinia ww. eksperta ambasady („Po przeprowadzonej w dniu 2 sierpnia br. rozmowie z urzędnikiem oddziału prawno-podatkowego Urzędu Finansów Państwowych (...) wynika, że powyższy urząd wydaje raz w roku zaświadczenie fiskalne, potwierdzające systematyczność zobowiązań podatkowych przedsiębiorcy za poprzedni rok”), jak i opinia adwokat I..... Ł..... – G....., na którą zamawiający się również powołuje, a nadto w sytuacji, gdy z opinii ww. adwokat wynika, iż „Oficjalna strona Dyrekcji Finansów Publicznych Republiki Francuskiej wskazuje rzeczywiście, że zaświadczenia

o prawidłowościach podatkowych są wydawane tylko jeden raz w roku i tylko w jednym egzemplarzu”, a z której dodatkowo wynika (z podsumowania opinii), iż zaświadczenie Dyrekcji Finansów Publicznych jest odpowiednikiem zaświadczeń polskich co do formy i jest zgodne z wymogami prawa i odpowiednich urzędów francuskich oraz, iż załączone zaświadczenie Dyrekcji Finansów Publicznych dotyczące zobowiązań podatkowych jest ważne i zachowuje swoją ważność przez okres roku i może być wydane jedynie raz do roku i jedynie w jednym egzemplarzu.

Zamawiający, przed podjęciem decyzji co do istnienia podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, będzie także musiał stanąć przed koniecznością udzielenia sobie odpowiedzi na pytanie, czy w sprawie nie znajduje zastosowanie przepis § 4 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).

W ocenie składu orzekającego ochrona interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie doznaje uszczerbku, gdy organ powołany do rozpoznawania odwołań wypowie się co do zasadności albo nie wezwania do uzupełnienia dokumentów. W ocenie składu orzekającego Izby winno to nastąpić przy rozstrzygnięciu istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, kiedy to zamawiający podejmie decyzję co do losów odwołującego i złożonej przez niego w tym postępowaniu oferty oraz wyczerpująco i precyzyjnie wskaże przyczyny swojej decyzji. Wpisuje się to także w obowiązującą w postępowaniu odwoławczym zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, czemu służyć ma przepis art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący zamawiającemu zawiadomić wykonawców równocześnie o ich wykluczeniu i odrzuceniu złożonych przez nich ofert.

Dostrzeżenia wymaga, że do wykluczenia odwołującego może w ogóle nie dojść i to nie tylko w wyniku ostatecznie pozytywnej oceny złożonych przez odwołującego – tak pierwotnie, jak i w wyniku uzupełnienia, dokumentów, ale także w sytuacji, gdyby zamawiający był zmuszony do unieważnienia postępowania np. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6, czy ust. 7 ustawy Pzp.

Ponieważ przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia szkody przez odwołującego stanowi przesłankę materialnoprawną, jej brak spowodował, że skład orzekający Izby odwołanie oddalił.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: