

Sygn. akt: KIO 2018/12

WYROK
z dnia 9 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Torpol S.A. w Poznaniu, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu oraz Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego;**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie, i:
 - 2.1. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Torpol S.A.

w Poznaniu, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu oraz Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Polskich Linii Kolejowych S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Torpol S.A. w Poznaniu, Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu oraz Zakładu Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 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 - Pradze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E 59 odcinek Czempień-Poznań w ramach projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław-Poznań, etap III, odcinek Czempień-Poznań” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 1 października 2011 r. pod nr 2011/S 189-308451.

Odwołujący w dniu 11 września 2012 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, zaś w dniu 21 września 2012 r. wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FCC CONSTRUCCION S.A. (Hiszpania) z siedzibą w Barcelonie, AZV1 S.A. (Hiszpania) z siedzibą w Sewilli oraz DECOMA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum FCC, pomimo, iż konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego;
alternatywnie
- 1a) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy (zobowiązanie podmiotu trzeciego), pomimo, iż zostały one złożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 pkt. 1 b *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od konsorcjum, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum FCC pomimo, iż nie wykazał on, iż nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum FCC, pomimo, iż konsorcjum to podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FCC CONSTRUCCION S.A. (Hiszpania) z siedzibą w Barcelonie, AZVI S.A. (Hiszpania) z siedzibą w Sewilli oraz DECOMA Sp. z o.o. (Polska) z siedzibą w Warszawie oraz dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, iż:

- wybór oferty konsorcjum FCC został dokonany powtórzoną, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 sierpnia 2012 r. (KIO 1718/12) czynnością zamawiającego. Na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 3 sierpnia 2012 r. odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast właściwym etapem dla podniesienia zarzutów w stosunku do oferty konsorcjum FCC jest dopiero powtórzona przez zamawiającego czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z którą odwołujący odniósł szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta konsorcjum FCC. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku 718/2012 gdzie stwierdzono, iż: *„Składanie środków ochrony prawnej w stosunku do ofert i wykonawców zajmujących niższą pozycję w rankingu jest zbędne, także uwzględniając powoływaną przez odwołującego zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. W przypadku dokonania ponownej oceny ofert, na tę czynność przysługiwać będzie odwołującemu prawo wniesienia odwołania i termin na jej zakwestionowanie będzie liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp, tj. od przesłania przez zamawiającego informacji o nowej czynności/zaniechaniu zamawiającego. Odwołanie zatem nie będzie wówczas mogło być uznane za spóźnione i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.”* Wobec powyższego uznać należy, iż Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz na skutek zaskarżonej czynności zamawiającego odniósł szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy o zamówienie publiczne;

- zgodnie z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w 8.2.3 SIWZ dotyczącymi dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uszczegółowionymi w pkt. 8.3.2.a SIWZ wykonawcy winni byli wykazać dostępność m.in. wózka motorowego z żurawikiem o udźwigu min. 1,5 t oraz dźwigu kolejowego. Konsorcjum FCC na stronach 1911 i 1912 zamieściło wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót w celu

realizacji zamówienia. W tabeli „Sprzęt i urządzenia wykonawcy” konsorcjum FCC w pozycji 6 i 14 wskazało, iż będzie dysponowało (w odróżnieniu od pozycji wykazu określonych jako „dysponuje”) wózkiem motorowym z żurawikiem o udźwigu min. 1,5 t oraz dźwigiem kolejowym. Następnie na stronach 1913 i 1915 oferty konsorcjum FCC przedłożyło kopie oświadczeń firm FCC Servicios Industriales y Energéticos, S.A, i Convensa S.A. Oba ww. oświadczenia o udostępnieniu potencjału zostały złożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę tj. w formie niezgodnej z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym, zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji swoich zasobów na okres realizacji zamówienia winno zostać złożone w formie pisemnej tj. w oryginale. Powyższe stanowisko ugruntowane jest w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz potwierdzone w opinii Prezesa UZP *„Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC jednoznacznie wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem.”* W związku z powyższym konsorcjum FCC nie wykazało dysponowania wymaganym przez zamawiającego w 8.3.2.b SIWZ potencjałem technicznym i jako wykonawca nie spełniający warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, a jego oferta odrzuceniu.

Alternatywnie zamawiający winien wezwać konsorcjum FCC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, bowiem z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika, że spełnił on te warunki;

- na stronie 305 oferty konsorcjum FCC znalazło się zaświadczenie o stanie rozliczeń ze składek, gdzie wskazano: *„FCC CONSTRUCCION, S.A. (...) NIE ma żadnych zaległości do spłacenia za reklamowane zaległe zobowiązania w stosunku do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Przedsiębiorstwo jest w trakcie przeprowadzania formalności związanych z odroczeniem kwot 62 28 12 00054766.”* W dniu 1 czerwca 2012 r. Zamawiający zwrócił się do konsorcjum FCC z prośbą o wyjaśnienie powyższego zapisu. W odpowiedzi, konsorcjum FCC przedłożyło zaświadczenie Wicedyrektora Prowincji ds. Procedur Specjalnych w Dyrekcji Prowincjonalnej Głównej Kasy Ubezpieczenia Społecznego w Madrycie z dnia 30 marca 2012 r., gdzie wskazano, iż firma FCC CONSTRUCCION, S.A. *„wywiązuje się z obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego na bieżąco reguluje składki, w związku z wejściem w życie decyzji z 13 lutego 2012 r. o odroczeniu płatności”*. Zamawiający

dokonując ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej błędnie uznał, iż w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy, brak jest wobec konsorcjum FCC podstaw do wykluczenia. Z zaświadczenia z dnia 30 marca 2012 roku wynika bowiem jedynie fakt, iż decyzja z dnia 13 lutego 2012 r. o odroczeniu płatności weszła w życie. Z zaświadczenia nie wynika jednak, iż decyzja ta była w mocy w terminie składania ofert tj. 17 lutego 2012 r. Zaświadczenie potwierdziło więc bezspornie, iż na dzień 30 marca firma FCC CONSTUCCION, S.A. nie posiadała zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, jednakże przyjmowanie, iż zaległości takie nie istniały na dzień składania ofert jest interpretacją niegodną z treścią dokumentu i stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. W związku z powyższym należy wskazać, iż konsorcjum FCC nie wykazało braku podstaw do wykluczenia w zakresie niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy.

Konsorcjum FCC nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, co skutkuje koniecznością wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy oraz podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ponieważ nie przedłożyło dokumentu potwierdzającego, że spółka FCC CONSTRUCTION, S.A. (lider konsorcjum) nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Dlatego też oferta konsorcjum FCC jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania powinna zostać odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

- zamawiający poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie po stronie zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oddalono wniosek przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie o odrzucenie odwołania jako złożonego po terminie. Podkreślenia wymaga, że wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego nastąpił po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku uwzględniającego odwołanie tych wykonawców. Wcześniej wybrana została oferta złożona przez odwołującego. Odwołujący nie miał zatem interesu w oraz nie mógł ponieść szkody w wyniku podnoszenia zarzutów skierowanych wobec mniej korzystnej oferty. Ponowiony wybór najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie zmienił tę sytuację – oferta odwołującego została niżej sklasyfikowana. Dokonana ponowna ocena ofert, nawet taka sama nie jest tą samą oceną, zarzuty odwołującego należy zatem uznać za podniesione w terminie.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie podlega uwzględnieniu, w zakresie zarzutu wskazującego na zaniechanie przez zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

Potwierdził się zarzut wskazujący na bezpodstawne uznanie przez zamawiającego za poprawnie złożony dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, w postaci zobowiązania podmiotu

trzeciego do udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych potencjału technicznego.

Bezspornym jest, że przedmiotowe dokumenty złożone zostały w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dotyczy to dwóch zobowiązań – zawartych na stronach 001913, 001914, 001915 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie.

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy stanowi, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia pisemności. Z tego względu, posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest sięgnięcie do przepisów kodeksu cywilnego. I tak, przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny przewiduje, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, przy czym oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Powyższe oznacza zatem, że kwestie interpretacyjne w zakresie obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Skoro ustawodawca, dla formy zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko zakładające możliwość posłużenia się takim zobowiązaniem składanym w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem należy uznać za pozostające w wyraźnej sprzeczności z treścią tego przepisu.

Jeżeli zaś chodzi o przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), to przepis § 6 ust. 1 jasno wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niewłaściwą jest zatem taka interpretacja przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, która zmierzałaby, wbrew wyraźnemu zaakcentowaniu w jego treści formy pisemnej zobowiązania podmiotu trzeciego, do przyjęcia możliwości złożenia kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem

Powołane *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie przepisy powołanego rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów.

Reasumując, z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który zamierza skutecznie udowodnić zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów, musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Powyższe determinowało uwzględnienie odwołania w odniesieniu do zarzutu uznania przez zamawiającego za wykazany warunku udziału w postępowaniu stawianego w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Pozytywna ocena dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie była przedwczesną. Zamawiający nie miał podstaw, by poprzestać na złożonej kopii zobowiązania, o którym traktuje przepis art. 26 ust. 2 b ustawy; winien był wystąpić na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Stąd – jako, że powyższe zaniechanie stanowi naruszenie przepisów ustawy mogące mieć wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy) - nakazano wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Rzeczą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie jest złożyć oryginały zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby w postaci odpowiedniego sprzętu (co dotyczy zobowiązań ujętych na stronach 00 1913, 001914, 001915 oferty), względnie – jeśli to będzie niemożliwe - inne dokumenty potwierdzające spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

Nie znalazł natomiast potwierdzenia drugi zarzut odwołania, dotyczący niewykazania braku zaległości w zapłacie składek na ubezpieczenia społeczne. Złożone w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie zaświadczenie pochodzące z Ministerstwa Zatrudnienia i Ubezpieczeń Społecznych w Madrycie zawiera informację, że wykonawca FCC Construction SA, zgodnie z dokumentacją znajdującą się w kartotekach Generalnego Działu „**NIE ma żadnych zaległości do spłacenia za reklamowane zaległe zobowiązania w stosunku do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Przedsiębiorstwo jest w trakcie przeprowadzania formalności związanych z odroczeniem kwot 62 28 12 00054766**” (str. 000305-00307 i 000308 oferty Przystępującego). Z powyższej informacji wynika, że właściwy dla Hiszpanii organ w zakresie ubezpieczeń podał, iż wykonawca nie posiada żadnych zaległości w zakresie zobowiązań z tytułu ubezpieczeń społecznych. W zdaniu pierwszym zaświadczenia podano to w sposób kategoriyczny, akcentując poprzez wyboldowanie oraz opisanie dużym drukiem, że podmiot nie ma zaległości. Wbrew twierdzeniu odwołującego, nie jest zatem tak, że sporne zaświadczenie nie potwierdza braku takich zaległości. Złożony dokument, zawarte w im treści należy czytać w całości, przyjmując, że są wzajemnie niesprzecznymi i spójnymi. Wystawca tego zaświadczenia podał, iż FCC Construction nie ma zaległości, wzmiankując zarazem, iż przedsiębiorstwo jest w trakcie przeprowadzania formalności związanych z odroczeniem kwot. Należy zatem przyjąć, że właściwy organ podał, iż niezależnie od zasygnalizowanych, właściwych dla hiszpańskiego systemu i procedury ubezpieczeń społecznych czynności

związanych z odroczeniem kwot, wykonawca nie ma zaległości w sferze zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne. Oświadczenie o braku zaległości do spłacenia, w tym kontekście musi być czytane jako potwierdzające brak takich zaległości, niezależnie od prowadzonych procedur w zakresie odroczenia. Nie sposób zatem upatrywać w powyższym zakresie udokumentowania przez właściwy organ zaległości w zapłacie składek na ubezpieczenia. Nie jest rzeczą postępowania prowadzenie dochodzenia w odniesieniu do regulacji prawa hiszpańskiego, jeśli w treści zaświadczenia podano niezbędne informacje, to jest te, że wykonawca nie ma zaległości w zakresie zobowiązań w stosunku do właściwego organu. Jeśli w zaświadczeniu podano wskazane dwie sporne informacje: tę że wykonawca nie ma zaległości oraz że jest w trakcie przeprowadzania formalności związanych z odroczeniem kwot, to należy przyjąć, że w ocenie organu wystawiającego zaświadczenie, w świetle właściwych dla wystawcy przepisów, obie informacje pozostają niesprzecznymi i potwierdzającymi stan w zaświadczeniu przedstawiany. Oznacza to, że w ocenie wystawcy zaświadczenia, fakt prowadzenia formalności związanych z odroczeniem kwot nie niweczy stwierdzenia o braku zaległości. Znajdowanie się w trakcie przeprowadzania formalności związanych z odroczeniem kwot nie jest tożsame z posiadaniem zaległości – oznacza raczej prowadzenie procedur, które nie zostały jeszcze sfinalizowane takim odroczeniem, które to procedury jednakże nie prowadzą do stwierdzenia zalegania z uiszczaniem należności. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że i na gruncie polskiego prawa, instytucja odroczenia dotyczy składek, bieżących lub przyszłych, których ustawowy termin płatności nie upłynął, zaś co do świadczeń zaległych stosuje się instytucje umorzenia zaległości, ewentualnie rozłożenia jej na raty. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy konsekwentnie stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Wskazana podstawa do wykluczenia wykonawcy odnosi się zatem do stanu zaległości w realizowaniu określonych w przepisie należności, nie zaś świadczeń na przyszłość, jeszcze nienależnych. Ustawodawca przyjął także, że nie stanowi podstawy do wykluczenia fakt posiadania świadczenia zaległego, jeśli wykonawca skorzystał z instrumentu odroczenia należności lub rozłożenia jej na raty i uzyskał odpowiednią decyzję. Innymi słowy, w świetle przepisów nie stanowi zalegania ze wskazanymi należnościami korzystanie z ustawowo przewidzianych ulg w ich spłacie.

Złożone w ofercie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie zaświadczenie mówi o braku zaległości, co oznacza, że

potwierdza na moment jego wystawienia stan bieżących i zaległych zobowiązań, zawiera wzmiankę o prowadzonych procedurach mających na celu odroczenie pewnych kwot, co odnosić się może do należności bieżących lub przyszłych, jeszcze nie stanowiących zaległości (nie wymagalnych).

W tych warunkach brak jest podstaw do przyjęcia tezy, by zawarte w ofercie zaświadczenie z dnia 24 stycznia 2012 r. pochodzące z Ministerstwa Zatrudnienia i Ubezpieczeń Społecznych w Madrycie stwierdzało fakt zaległości w uiszczaniu składek na ubezpieczenia społeczne.

Akceptowalną jest także czynność wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień tego dokumentu (art. 26 ust. 4 ustawy), jako wynikająca z daleko idącej wnikliwości i mająca zmierzać do rozwiania wątpliwości, jakie zamawiający powziął na gruncie wspomnianego zaświadczenia. Złożone w ramach wyjaśnienia dokumentu kolejne zaświadczenie Ministerstwa Zatrudnienia i Ubezpieczeń Społecznych w Madrycie, z dnia 30 marca 2012 r. potwierdza brak zaległości na dzień składania ofert, w tym zawarte we wcześniejszym zaświadczeniu stwierdzenie o braku takich zaległości. Mówi się w nim, iż *„Podmiot powyższy wywiązuje się z obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego na bieżąco regulując składki, w związku z wejściem w życie decyzji z dnia 13 lutego 2012 r. o odroczeniu płatności, wydanej przez Generalną Dyрекcję Głównej Kasy Ubezpieczenia Społecznego i wywołaniem skutków określonych w pkt 3 artykułu 31 regulaminu ogólnego pobierania składek na ubezpieczenia społeczne, zatwierdzonego Dekretem Królewski 1415/2004, z dnia 11 czerwca (Państwowy Dziennik Urzędowy z [dnia] 25”*. Zatem złożone w ramach wyjaśnienia pismo Ministerstwa Zatrudnienia i Ubezpieczeń Społecznych w Madrycie potwierdza, że decyzją z dnia 13 lutego 2012 r. dokonano odroczenia płatności, co oznacza, że w terminie składania ofert wykonawca nie posiadał zaległości.

Rozważanie – jak czyni to odwołujący - o terminie i zakresie skuteczności decyzji o odroczeniu, w tym wnioskowanie, że skoro w zaświadczeniu z 25 stycznia 2012 r. mówi się o podjęciu procedur związanych z odroczeniem należności, to w tej dacie, oraz w dacie składania ofert wykonawca mógł być w stanie zaległości, jest w tych warunkach spekulacją na temat okoliczności nie wynikających ze złożonych w ofercie i wraz z wyjaśnieniem dokumentów, wbrew ich treści. Z treści zaświadczenia z 25 stycznia 2012 r. złożonego wraz z ofertą wynika brak zaległości oraz podjęcie procedur zmierzających do odroczenia kwot. Kolejne zaświadczenie, to z 30 marca 2012 r. stwierdza, że wykonawca wywiązuje się z obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego na bieżąco regulując składki, w związku z wejściem w życie decyzji z dnia 13 lutego 2012 r. o odroczeniu płatności. Potwierdza ono odroczenie składek decyzją z 13 lutego 2012 r., co tłumaczy wzmiankę we wcześniejszym zaświadczeniu, o podjęciu formalności związanych z takim odroczeniem. Wreszcie, gdyby mieć

dalsze wątpliwości w zakresie treści zaświadczenia z 25 stycznia 2012 r., to złożone jako dowód kolejne zaświadczenie Ministerstwa Zatrudnienia i Ubezpieczeń Społecznych w Madrycie z 3 października 2012 r. nie pozostawia pola do domysłów: wprost stwierdza, że na dzień 17 lutego 2012 r. (termin składania ofert) firma FCC Construction SA wywiązywała się z obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego na bieżąco regulując składki w związku z faktem, że przed wymienioną datą stała się skuteczna decyzja o odroczeniu płatności wydana przez Generalną Dyрекcję Głównej Kasy Ubezpieczenia Społecznego z dnia 13 lutego 2012 r.

Reasumując, brak jest podstaw do wnioskowania na podstawie złożonego w ofercie zaświadczenia a następnie pisma Ministerstwa Zatrudnienia i Ubezpieczeń Społecznych w Madrycie złożonego w ramach wyjaśnienia dokumentu, by wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie nie wykazali, że zalegają z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne. Tym samym, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 pkt. 1 b *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od konsorcjum, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum FCC pomimo, iż nie wykazał on, iż nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne; art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum FCC, pomimo, iż konsorcjum to podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz art. 7 ust. 1 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec zaniechania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, odwołanie we wskazanym zakresie podlegało uwzględnieniu. Zamawiający w ramach wykonania tego orzeczenia, w ramach nakazanego ponownego badania i oceny ofert obowiązany jest wystosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FCC CONSTRUCCIÓN S.A. w Barcelonie, AZVI S.A. w Sewilli, DECOMA Sp. z o.o. w Warszawie takie wezwanie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: