

Sygn. akt KIO/UZP 1054/09

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Jankowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ABM SOLID S. A. GRAND METROPOLIA Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, 35-959 Rzeszów, ul. Hetmańska 9** protestu z dnia **1 lipca 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ABM SOLID S. A. GRAND METROPOLIA Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ABM SOLID S. A. GRAND METROPOLIA Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ABM SOLID S. A. GRAND METROPOLIA Sp. z o. o., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3;**

Uzasadnienie

Zamawiający Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych z siedzibą w Rzeszowie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego: Zgórsko I – obustronne przeciwfiltracyjne zabezpieczenie wałów potoku Zgórsko na dł. 3,200 km oraz regulacja potoku na dł. 3,208 km w m. Wierzchowiny, Wadowice Dolne, Gm. Wadowice Górne.

26.03.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 59-084377.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

17.06.2009 r. zamawiający wezwał do 19.06.2009 r. godz. 9:00, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów, a w tym – w ust. 2 wezwania – dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do GRAND METROPOLIA nie dotyczy zakaz uczestniczenia w przetargach (zgodnie z postanowieniami specyfikacji, sformułowanymi zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp).

19.06.2009 r. odwołujący złożył uzupełnienia dokumentów.

22.06.2009 r. zamawiający wyznaczył dodatkowy termin na uzupełnienia dokumentów na 23.06.2009 r. bez wyznaczania godziny, czyli do końca tego dnia.

26.06.2009 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu z postępowanie wykonawcy konsorcjum ABM SOLID S.A. w Tarnowie i Grand Metropolia sp. z o.o. z siedzibą na Ukrainie ze względu na niedostarczenie dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotów zbiorowych, wchodzących w skład konsorcjum (Grand Metropolia sp. z o.o.) sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp i zamawiający powiadomił o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

01.07.2009 r. wykonawca konsorcjum ABM SOLID S.A. złożył protest na wykluczenie go z postępowanie ze względu na niedostarczenie dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotów zbiorowych, wchodzących w skład konsorcjum sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp i zamawiający powiadomił o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 9 oraz art. 89 Pzp, gdyż załączył do oferty dokument Licencji dla wykonawcy Grand Metropolia sp. z o.o., który to dokument – zgodnie z prawem Ukrainy – jest odpowiednikiem dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Protestujący wnosi o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i unieważnienie czynności zatrzymania wadium.

03.07.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

08.07.2009 r. wykonawca **Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Rzeszów** złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Pismo zostało złożone piątego dnia od powiadomienia o wniesieniu protestu, a więc po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu protestu, o którym mowa w art. 181 ust. 4 pkt 1 Pzp, czyli wykonawca PZMiUW nie mógł stać się uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

16.07 2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Zamawiający w dalszym ciągu podtrzymał, iż protestujący nie złożył w odniesieniu do partnera konsorcjum Grand Metropolia Sp. z o. o. dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienia.

Zgodnie z § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także w pkt IX.3.1 j IX.3.3 specyfikacji – partner konsorcjum winien złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę.

Protestujący żadnego tak opisanego dokumentu nie złożył. Nie istnieje również podstawa, aby przyjąć iż powyższe wymagania wypełniało załączone do oferty oświadczenie dyrektora spółki, złożone w dniu 17.02.2009 r. informujące, że nie jest w stosunku do spółki prowadzona procedura likwidacyjna czy bankructwa i nie wydano w stosunku do niej orzeczenia sądowego, dotyczącego zakazu uczestniczenia w przetargach. Aby oświadczenie takie było skuteczne winno być złożone przed odpowiednimi organami, wymienionymi w § 2 ust. 3 ww. rozporządzenia.

W ocenie zamawiającego konsorcjum składając ofertę nie dostrzegło tego braku w powyższym oświadczeniu i braku tego nie usunęło pomimo wezwania dokonanego przez zamawiającego.

Protestujący dopiero w proteście naprowadza, iż dokumentem potwierdzającym, że wobec spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia jest dokument zwany licencją. Zasadność tej tezy, zdaniem konsorcjum, wynika z dołączonego do protestu pisma z dnia 24 kwietnia 2005 r. w którym, jak naprowadza konsorcjum, wicekonsul Ambasady Ukraińskiej wyjaśnił, iż dokumentem potwierdzającym, według prawa ukraińskiego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest zezwolenie na budowę (Licencja).

Zamawiający po zapoznaniu się z powyższym pismem stwierdza, iż zaprezentowane w nim stanowisko stanowi opinię Biura Doradztwa Gospodarczego "STECH AND BUZDEREWICZ" przesłaną przez Służbę Konsularną Ambasady Ukrainy w Rzeczypospolitej Polskiej. W ocenie zamawiającego nie istnieje podstawa prawna aby uznać, że Biuro Doradztwa Gospodarczego jest właściwym i uprawnionym do wydawania wiążącej opinii w przedmiotowej sprawie. Opinia tego Biura jest prywatnym poglądem jej autorów, które nie może zastępować czytelnie i jednoznacznie sprecyzowanego w rozporządzeniu obowiązku złożenia przez wykonawcę dokumentu, z którego ma jasno wynikać, że nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia.

Ponadto zamawiający podnosi, iż z treści Licencji wynika jedynie termin jej obowiązywania oraz zawiera ona wykaz rodzajów robót dla prowadzonej działalności

budowlanej do wydanej Licencji. Natomiast brak jest w Licencji tej jakiegokolwiek postanowienia, iż w stosunku do jej adresata nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

Dokument potwierdzający, iż wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia), to odpowiednik dokumentu będącego aktualną informacją z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, tzn. czy sąd orzekł wobec podmiotu zbiorowego zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary przewiduje odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, albo będącej przedsiębiorcą, jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby majątkową.

Wobec tego powyższe Biuro nie mogło wydać poprawnej opinii w przedmiocie nieorzeczenia wobec Grand Metropolia Sp. z o. o. zakazu ubiegania się o zamówienia, skoro licencja w ogóle w tym przedmiocie nie stanowi.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż konsorcjum w złożonej ofercie przedmiotową Licencją przywołuje na potwierdzenie aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej (tj. w zał. Nr 3). Działanie konsorcjum jest jak najbardziej w tym miejscu poprawne, gdyż Licencja właśnie o tym stanowi. Natomiast w załączniku Nr 6 do oferty zamieszczona została jedynie informacja z KRK w zakresie objętym art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp w odniesieniu tylko do lidera konsorcjum ABM Solid S.A. Utwierdza to zamawiającego w przekonaniu o nieposiadaniu przez protestującego dokumentu określonego w § 2 rozporządzenia. Gdyby nawet przyjąć, do czego nie ma podstaw prawnych, że Licencja jest tym dokumentem, o jakim stanowi rozporządzenie, to zgodnie z § 2 ust. 2 oraz postanowieniami specyfikacji, dokument ten powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jest poza sporem iż przedmiotowa licencja tego warunku nie spełnia.

Zamawiający nie podziela poglądu konsorcjum, wyrażonego w proteście, iż Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie objętej sygnaturą akt KIO/UZP 297/08 uznała za wiążącą interpretację wicekonsula Ukrainy Pana A. Bryżatyj, dotyczącą odpowiednich dokumentów, o jakich stanowi rozporządzenie i dlatego oddaliła protest firmy Skanska. Z przywołanego rozstrzygnięcia wynika jedynie, iż w tym zakresie KIO stwierdziła fakt istnienia pisma nr 5/683 z dnia 24 kwietnia 2005 r. Wydziału Konsularnego Ambasady Ukrainy oraz przywołała jego treść, a więc prywatną opinię Biura Doradztwa Gospodarczego "STECH AND BUZDEREWICZ". KIO w żadnym razie w powyższym rozstrzygnięciu nie dokonuje oceny

słuszności przedmiotowej opinii Biura, oraz nie przesądza, iż interpretacja ta stanowiła podstawę do oddalenia protestu firmy Skanska. O takim stanowisku izby zdecydowało złożenie oświadczenia dyrektora ALTKOM sp. z o.o., zgodnie – jak stwierdziła Izba – z przepisami rozporządzenia.

Pogląd konsorcjum przedstawiony w proteście, iż zamawiający wykluczył protestującego opierając się na przyjętym przez siebie błędnym stanie prawnym, iż na Ukrainie nie ma odpowiednika dokumentu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy. tj. zakazu ubiegania się o zamówienia przez podmioty zbiorowe jest chybiony i stanowi dowolną, w tym zakresie interpretację protestującego.

Zamawiający wyjaśnia, iż wykluczył konsorcjum z postępowania z uwagi na niezłożenie przez konsorcjum zarówno do oferty jak i na wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego nieorzeczenie wobec partnera konsorcjum zakazu ubiegania się o zamówienia. Natomiast pogląd konsorcjum przedstawiony w proteście, iż dokumentem tym jest Licencja jest błędny, co zamawiający powyżej wykazał.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko, iż wadium wniesione przez konsorcjum w formie gwarancji podlegać będzie zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Sankcją zatrzymania wadium, zgodnie z tym przepisem, objęte jest zachowanie wykonawcy polegające na niedostarczeniu dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy do ich złożenia uczynione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, chyba że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) od wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium RP zamawiający żąda dokumentu wystawionego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, potwierdzającego brak zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia albo w przypadku niewydawania w tym kraju takiego dokumentu, wykonawca może zgodnie z § 2 ust. 3 złożyć dokument zawierający oświadczenie o fakcie braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie musi być złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę. Dokumenty te powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca do swojej oferty w jej części dotyczącej potwierdzenia uprawnienia do wykonywania danej działalności (zał. nr 3 aktualny wpis do właściwego rejestru...) dołączył oświadczenie prezesa zarządu spółki Grand Metropolia W. Karpenko o tym, że wobec spółki nie orzeczono zakazu uczestnictwa w przetargach. Oświadczenie to nie posiadało formy

wymaganej rozporządzeniem, w związku z czym zamawiający nie mógł go uznać za prawidłowy dokument odpowiadający załącznikowi nr 6 do oferty.

W proteście konsorcjum podniosło, iż złożony został dokument potwierdzający brak zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, a jest nim Licencja na działalność gospodarczą w zakresie budownictwa, dostarczona w zał. nr 3 do oferty. Konsorcjum wraz z protestem dostarczyło pismo Konsula Ambasady Ukrainńskiej przesyłające opinię Biura Doradztwa Gospodarczego „Stech & Buzderewicz”, zgodnie z którą, w ocenie jej autorów, dokumentem wydawanym na Ukrainie potwierdzającym brak orzeczonego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia jest licencja na działalność gospodarczą.

Konsorcjum w proteście poinformowało również, że uważa za niecelowe zatrzymanie wadium złożonego przez konsorcjum, co uzasadnia brakiem straty po stronie zamawiającego, a także brakiem zagrożenia dla możliwości zawarcia ważnej umowy. Art. 46 ust. 4a Pzp jako jedyną przesłankę zatrzymania wadium uznaje niedostarczenie dokumentu przez wykonawcę na wezwanie uczynione zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Nie jest przy tym istotna szkoda zamawiającego wynikająca z niezawarcia ważnej umowy, gdyż sankcji zatrzymania wadium podlega każdy wykonawca zachowujący się w sankcjonowany sposób, a nie tylko wykonawca uchylający się od zawarcia umowy, a którego oferta została w przetargu wybrana, jak w art. 46 ust. 5 Pzp. Wykładnia literalna art. 46 ust. 4a Pzp nakłada na wykonawcę powinność udowodnienia, iż niezapełnienie dokumentów lub oświadczeń nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Konsorcjum nie złożyło wymaganych przez zamawiającego dokumentów i nie podjęło żadnych działań, aby udowodnić istnienie nieleżących po jego stronie przyczyn, które uniemożliwiły mu wywiązanie się z tego obowiązku.

Zamawiający wykazał, iż Licencja (pozwolenie na budowę) w żadnym razie nie mogła potwierdzić, iż wobec partnera Konsorcjum GRAND METROPOLIA nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, natomiast poinformowanie zamawiającego w proteście o tym, że dokumentem tego typu jest Licencja, zamawiający traktuje jako manipulację, zmierzającą jedynie do odzyskania wadium wobec zorientowania się, iż złożone przez partnera oświadczenie dyrektora GRAND METROPOLIA z dnia 17.02.2009 r. nie zostało złożone w obecności podmiotów wymienionych w § 2 ust. 3 rozporządzenia. Zamawiający jest przekonany o tym, że Konsorcjum miało wiedzę, że Licencja nie jest dokumentem, który mógł potwierdzać nieorzeczenie wobec partnera zakazu ubiegania się o zamówienie. Przekonanie to wynika z tej okoliczności, iż w załączonym do protestu rozstrzygnięciu KIO, członek konsorcjum, którego liderem był wykonawca ABM Solid. złożył w ofercie wymagane przepisami rozporządzenia oświadczenie złożone przez dyrektora w obecności notariusza. A zatem uczestnicy konsorcjum musieli posiadać pełną świadomość

obowiązywania wymogu złożenia oświadczenia złożonego np. w obecności notariusza, wobec nieuzyskania dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia.

W sprawie objętej protestem konsorcjum załączyło oświadczenie dyrektora spółki GRAND MEIROPOLIA potwierdzające, że wobec spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, natomiast z uzasadnienia rozstrzygnięcia o wykluczeniu z postępowania dowiedziało się o niedopełnieniu wymogu złożenia przedmiotowego oświadczenia w prawem przewidziany sposób tj. w obecności notariusza (ewentualnie innego uprawnionego podmiotu) i dopiero wówczas w celu usunięcia niekorzystnych tego następstw, w postaci zatrzymania wadium, wskazało jako rzekomo właściwy dokument tzw. licencję. Posługując się takim rozumowaniem, konsorcjum mogło wskazać każdy inny dokument w celu ekskulpowania się, a pozostający bez żadnego związku z żądaniem zamawiającego, tak jak przedmiotowa licencja. Przyjmując nową regulację art. 46 ust. 4a Pzp, w żadnym razie nie można przyjąć, iż *ratio legis* tej normy zostało zachowane w sytuacji przedstawienia przez konsorcjum dowolnego dokumentu niepozostającego w jakimkolwiek związku z wymogami specyfikacji i rozporządzenia, aby w ten sposób uzasadnić żądanie zwrotu zatrzymanego wadium.

Zamawiający odwołał się także do uzasadnienia projektu ustawy, które pomaga w dokonaniu wykładni celowościowej normy art. 46 ust. 4a Pzp. Przepis ten ma na celu wyeliminować sytuację, w której wykonawcy (...) mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu (str. 7 uzasadnienia), a zatem sankcja za niedostarczenie dokumentów ma na celu zapewnienie współdziałania wykonawcy z zamawiającym w postępowaniu oraz pełni funkcję odstraszającą od udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie składają wymaganych od nich przez zamawiającego dokumentów.

Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 66 Kc, wykonawca musi posiadać wolę zawarcia umowy. Złożenie oferty dla pozor, bez zamiaru zawarcia umowy stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i w prawie zamówień publicznych, wg ustawodawcy, wymagało normy, która zapewni udział w postępowaniu wykonawców faktycznie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przewlekłość postępowania spowodowana niewłaściwymi czynnościami wykonawcy również wyrządza szkodę zamawiającemu, tym bardziej zatem norma art. 46 ust. 4a Pzp, jest zasadnym zabezpieczeniem interesów zamawiającego.

Zamawiający stwierdza, że dołączenie do oferty przedmiotowej licencji przy braku poinformowania zamawiającego o charakterze tego dokumentu, a takie dołączenie go jako zał. nr 3 (tj. odpowiednika informacji z rejestru itd.) zamiast jako zał. nr 6, świadczy o

pewnym niedbalstwie wykonawcy i braku woli współdziałania z zamawiającym w celu sprawnego przeprowadzenia postępowania przetargowego.

24.07.2009 r. wykonawca konsorcjum ABM SOLID S.A. złożył odwołanie:

- 1) na wykluczenie wykonawcy odwołującego z przetargu;
- 2) na czynność zamawiającego w postaci zatrzymania wadium złożonego przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 Pzp, art. 46 ust. 4a, oraz art. 89 Pzp.

Odwołujący wniósł o uznanie protestu i odwołania, o zwrot kosztów procesowych oraz zastępstwa procesowego, a także o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenie oferty odwołującego;
- 3) unieważnienie czynności zatrzymania wadium;
- 4) ponowną ocenę ofert.

I. Odwołujący stwierdził, że 26 czerwca 2009 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z przetargu oraz zamawiający poinformował odwołującego o zatrzymaniu wadium. Zamawiający swoją decyzję uzasadnił nie dostarczeniem przez odwołującego na wezwanie z dnia 17 czerwca 2009 r., znak pisma NU-410/12/IM/2009/10, dokumentu potwierdzającego, iż nie orzeczono wobec uczestnika konsorcjum GRAND METROPOLIA zakazu ubiegania się o zamówienie, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

Zgodnie z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający może żądać od wykonawcy złożenia odpowiedniego dokumentu lub oświadczenia wykonawcy złożonego przed wskazanym organem.

Zamawiający na podstawie powyższej normy dokonał wykluczenia odwołującego opierając się na przyjętym przez siebie błędnym stanie prawnym, iż na Ukrainie nie ma odpowiednika dokumentu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, tj. zakazu ubiegania się o zamówienia przez podmioty zbiorowe. Odwołujący przedstawił dokumenty, wymagane przez przywołane wyżej przepisy, w ofercie.

Do protestu, dla uniknięcia wątpliwości w różnicach prawnych istniejących pomiędzy systemem prawa polskiego a ukraińskiego, odwołujący – występując w innym postępowaniu zwrócił się Ambasady Ukrainy w Warszawie o wyjaśnienie, które dokumenty według prawa ukraińskiego stanowią odpowiednik dokumentów wymaganych na podstawie przywołanych powyżej przepisów. Pismem z dnia 24 kwietnia 2005 roku nr 5/683 (załącznik nr 2 do

protestu) wicekonsul Ambasady Ukraińskiej wyjaśnił (punkt 3 pisma wicekonsula), iż dokumentem potwierdzającym według prawa ukraińskiego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne jest zezwolenie na budowę (Licencja). Wynika z tego, iż dokumentem odpowiadającym polskiemu potwierdzeniu o braku zakazu ubiegania się o zamówienia, według prawa ukraińskiego jest Licencja. Powyższa sprawa znalazła finał przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygnatura akt KIO/UZP 297/08). Izba uznała interpretację wicekonsula Ukrainy Pana A. B. dotyczącą odpowiedników dokumentów, i oddaliła protest firmy Skanska dotyczący wykluczenia konsorcjum którego partnerem była firma ABM Solid S.A.

Licencja wraz z tłumaczeniem została przekazana zamawiającemu wraz z ofertą – str. 126-133, tym samym uznać należy, iż odwołujący przedstawił wszystkie wymagane dokumenty, a zamawiający dokonał niewłaściwej oceny stanu prawnego obowiązującego na Ukrainie, wskutek czego podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego.

Dodatkowo Konsorcjum zwróciło się o opinię prawną do ukraińskiego adwokata S. K. celem wydania opinii prawnej dotyczącej istniejącego stanu prawnego na Ukrainie. W swej opinii (załącznik nr 4 do odwołania) powołując się na ustawę z dnia 1 czerwca 2000 r. nr 1775-111 „o licencjonowaniu poszczególnych działalności gospodarczych” pisze: „Artykuł 14 ustawy przewiduje wystawienie licencji jednorazowo, okres obowiązywania licencji na prowadzenie określonego rodzaju działalności ustala Gabinet Ministrów Ukrainy i nie może być krótszy, niż 3 lata.”. Wynika z tego, iż Licencja jest dokumentem wystawianym jednorazowo, w treści której jest oznaczona data ważności Licencji. § 2 ust. 2 rozporządzenia *Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* nie reguluje sytuacji w której dokument potwierdzający brak zakazu ubiegania się o zamówienia jest wystawiany w kraju w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, jednak jest on wystawiany jednorazowo z datą obowiązywania w pewnym przedziale czasowym. W tej sytuacji należy uznać, iż możliwe jest uznanie odpowiednika dokumentu wystawionego wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert, jednak z zawartym okresem ważności, w którym mieści się termin składania ofert. Potwierdzeniem tego jest informacja z Komitetu Wykonawczego Dnieprowskiej Rejonowej Rady Miejskiej Nr 2-16/1032, informujący jednoznacznie, że Licencja jest ważna i uprawnia do udziału w przetargach, a także że jest wydawana jednorazowo.

II. Zamawiający poinformował odwołującego również o zatrzymaniu wadium. Z uwagi na okoliczność, iż pod względem ceny odwołujący zajmuje 3 miejsce w przetargu, zauważamy że zatrzymanie wadium jest niecelowe ponieważ nie doszło do zagrożenia zawarcia ważnej umowy, a zamawiający nie poniósł żadnej straty. Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp, prawo zatrzymania wadium przysługuje wyłącznie w sytuacji nieprzedłożenia dokumentów lub

oświadczeń. Interpretacja językowa oraz systemowa wskazuje jednoznacznie, że sankcja w postaci zatrzymania wadium przysługuje jedynie, gdy uczestnik postępowania nie przedłoży żadnego dokumentu lub oświadczenia. Celem wprowadzenia przedmiotowej regulacji było bowiem zapobieżenie tzw. „zmowom przetargowym”.

Tymczasem odwołujący złożył odpowiedni dokument, który potwierdza żądane zamawiającego do wykazania uprawnienia do występowania w postępowaniu o zamówienie publiczne. Nawet gdyby przyjąć, że założenia odwołującego są nieprawidłowe (co w świetle powyższego nie jest możliwe), to nie można uznać, że odwołujący wykazał się biernością określoną w tym przepisie. Uzasadnieniem bowiem zatrzymania wadium jest niezłożenie żadnego dokumentu, a nie li tylko uznanie, że złożony dokument jest nieprawidłowy w ocenie zamawiającego (tak Damian Szczepański w artykule Zam.Pub.Dor. 2008.12.28 >>Możliwość "aneksowania" umowy<<. Teza nr 197531/1) Przedstawioną interpretację potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 409/09), w którym stwierdzono, iż art. 46 ust. 4a Pzp ma charakter restrykcyjny oraz dolegliwy finansowo dla wykonawcy i z tego powodu powinien być interpretowany w sposób zgodny z wykładnią celowościową, a mianowicie z punktu widzenia celu, dla którego został wprowadzony, tj. wyłącznie w celu zapobiegania zmwom wykonawców (za odpowiedzią prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Jacka Sadowego na interpelację poselską nr 8932).

Nawet w wypadku, jeśli odwołujący złożył błędny dokument, to był w błędnym, ale uzasadnionym, przekonaniu, że składa dokument potwierdzający spełnianie warunku określonego wart. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

Tym samym, zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp ewentualne niezłożenie dokumentu na wezwanie zamawiającego wynikało z przyczyn nie leżących po stronie odwołującego (przekonanie odwołującego wynikało z opinii wyrażonej w piśmie wicekonsula Ukrainy), tym samym nie została spełniona przesłanka do zatrzymania wadium.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że co prawda odwołujący w istocie został wykluczony z postępowania i czynność ta jest ostateczna, jednakże zauważyć należy, że podjęte w toku postępowania dalsze czynności dotyczą bezpośrednio odwołującego – zatrzymanie wadium. W tych okolicznościach właściwe jest odwołanie się do

regulacji prawa wspólnotowego, które dostęp do procedur odwoławczych zapewnia również tym podmiotom, które interes prawny utraciły, ale które zostały poszkodowane lub są zagrożone poszkodowaniem w wyniku naruszenia przepisów prawa (art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/13, jak i dyrektywy 89/665).

Odwołujący – choć nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia – może odnieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia prawa. Odwołujący, ze względu na stwierdzenie braku przesłanki w postaci interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w istocie byłby pozbawiony możliwości kontroli legalności dokonywanych przez zamawiającego czynności takich jak w szczególności zatrzymanie wadium. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zauważył, że cyt. „państwa członkowskie nie mogą nadawać pojęciu „interes w uzyskaniu danego zamówienia” takiego znaczenia, które pozbawiałoby wspomnianą dyrektywę zamierzonego skutku” (orzeczenie ETS z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-410/01 (ECR 2003, str. I - 6413), pkt 32-35 oraz orzeczenie z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02, pkt 40).

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut – naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp ze względu na wezwanie do uzupełnienia dokumentu, który został załączony w prawidłowej formie do oferty – nie może być uznany za słuszny.

W części VII specyfikacji zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, cyt.:

„1. W przetargu mogą wziąć udział Wykonawcy:

- a) nie podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1, 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- b) spełniający warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- c) spełniający warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustawie Prawo zamówień publicznych.”.

Nadto w części IX specyfikacji zamawiający przedstawił wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała m.in. załączniki, cyt.:

„Załącznik Nr 6 – aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych wystawiona nie wcześniej niż 6-cy przed upływem terminu składania ofert.”.

W części IX ust. 3.1 specyfikacji, zamawiający powiadomił, za § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), że cyt. „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej

Polskiej zamiast dokumentów, o których mowa w pkt IX.1 załącznik Nr 3, Nr 4, Nr 5 i Nr 6 składa:

1) Załącznik Nr 3, Nr 4, Nr 5, Nr 6 – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że: [...]

c) Nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.”.

I dalej zamawiający warunkował udział w postępowaniu w części IX ust. 3.2 cyt. „Dokumenty, o których mowa w pkt 3.1 ppkt 1 a,c oraz ppkt 2 powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”.

Jednak odwołujący dołączył do oferty załącznik nr 6 – strony 168 i 169, zawierający informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia – ABM SOLID S.A. Natomiast w odniesieniu do drugiego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenia zamówienia – Grand Metropolia – odwołujący nie załączył żadnego dokumentu ani oświadczenia. Str. 167 jest ostatnią stroną załącznika nr 5 i dotyczy informacji o niekaralności osób fizycznych, a od str. 170 zaczyna się załącznik nr 7 dotyczący wykazania posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

17.06.2009 r. zamawiający wezwał do 19.06.2009 r. godz. 9:00, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów, a w tym – w ust. 2 wezwania – dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do GRAND METROPOLIA nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Należy podkreślić, że zamawiający wezwał odwołującego m.in. do złożenia właściwego oświadczenia, wyjaśniając, iż „zgodnie z pkt IX.3.3. siwz, jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, stanowiących zał. Nr 3, 4, 5, 6 do oferty, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym, albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.”.

19.06.2009 r. odwołujący złożył uzupełnienia dokumentów, jednak w odniesieniu do dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do GRAND METROPOLIA nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, odwołujący nie uzupełnił dokumentu ani nie złożył żadnego wytłumaczenia takiego zaniechania. Podobnie odwołujący nie zareagował w rozpoznawanym zakresie na wezwanie z 22.06.2009 r., w którym zamawiający wyznaczył dodatkowy termin na uzupełnienia dokumentów na 23.06.2009 r. bez wyznaczania godziny, czyli do końca tego dnia. Odwołujący przyznał to również na rozprawie, że nie złożył żadnego uzupełnienia dokumentu ani tłumaczenia swojego zaniechania, co nie budzi wątpliwości składu orzekającego Izby zgodnie z dokumentacją postępowania.

26.06.2009 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu z postępowanie wykonawcy konsorcjum ABM SOLID S.A. w Tarnowie i Grand Metropolia sp. z o.o. z siedzibą na Ukrainie ze względu na niedostarczenie dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotów zbiorowych, wchodzących w skład konsorcjum (Grand Metropolia sp. z o.o.) sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp i zamawiający powiadomił o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza nie może podzielić stanowiska odwołującego.

Prawidłowe było stanowisko zamawiającego, który wezwał odwołującego do złożenia uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia w formie wskazanej w § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Pogląd zamawiającego wynika z przepisów prawa, ale jest również uzasadniony okolicznościami faktycznymi. Skład orzekający Izby zauważył, że odwołujący nie dołączył do oferty dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c przytaczanego rozporządzenia. Mogło to uzasadnić pogląd zamawiającego, iż na Ukrainie nie wydaje się dokumentów o tej treści, a zatem w tym zakresie należy złożyć oświadczenie, jednak w formie, która została określona w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W treści wezwania zamawiający stwierdził, że do oferty zostało dołączone oświadczenie dyrektora wykonawcy Grand Metropolia jednak oświadczenie to nie zostało złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. A oświadczenia w takiej formie żądał zamawiający.

Również skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że odwołujący wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wniósł środków ochrony prawnej, co należy poczytywać, że nie zgłaszał do tego wezwania uwag. Ponadto zamawiający udzielił odpowiedzi na wezwanie i złożył wiele z wymaganych dokumentów, jednak – co również odwołujący przyznał podczas rozprawy – odwołujący nie dołączył wymaganego oświadczenia ani jakiegokolwiek innego dokumentu, ani nie przedstawił wyjaśnień takiego zaniechania. W szczególności odwołujący nie stwierdził, że dokumentem, potwierdzającym brak zakazu ubiegania się o zamówienie jest dołączony do oferty dokument Licencji.

W związku z powyższym uprawniona była czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż środki ochrony prawnej nie stanowią kontynuacji procedury uzupełniania dokumentów i oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W rozpoznawanym stanie faktycznym odwołujący zaniechał uzupełnienia żądanych dokumentów i dopiero na etapie środków ochrony prawnej przywołał dokument, który potwierdza brak zakazu ubiegania się o zamówienie. Zauważyć bowiem należy, że procedura uzupełnienia dokumentów została prawomocnie zakończona w dniu, w którym upłynął termin na wnoszenie środków ochrony prawnej na czynność wezwania. Skoro odwołujący nie złożył protestu na wezwanie ani nie złożył żadnych wyjaśnień, a wprost przeciwnie – odpowiedział na wezwanie zamawiającego, to zamawiający był zobligowany do dokonania oceny dokumentów i oświadczeń wraz z uzupełnionymi dokumentami i oświadczeniami. Czynność ta jest ostateczna.

Stanowisko, że właściwym dokumentem jest Licencja – załączona do oferty jako element załącznika nr 3 obejmującego dokumenty rejestrowe wykonawcy – mógłby być podnoszony w proteście jedynie w sytuacji, w której odwołujący złożyłby taki dokument w celu potwierdzenia braku zakazu ubiegania się o zamówienie ze wskazaniem na ten cel, a zamawiający dokonałby błędnej jego oceny.

Na marginesie należy dodać, że nawet gdyby Licencję uznać za dokument potwierdzający brak zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, to również dokument ten ze względu na datę jego wystawienia – przed terminem 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (§ 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia) nie mógłby być wzięty pod uwagę przez zamawiającego podczas oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż dokument Licencji nie jest dokumentem potwierdzającym, iż nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie i powinien być zastąpiony oświadczeniem złożonym w odpowiedniej formie.

Jednak informacje o opiniach przekazanych przez wicekonsula Ukrainy zostały przedstawione dopiero w proteście, a więc w terminie, w którym zamawiający dokonywał czynności oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie były znane zamawiającemu i był on na podstawie przebiegu dotychczasowego postępowania uprawniony, a zgodnie z przepisami, zobligowany do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Wobec powyższego, Izba jest zobowiązana do oceny decyzji zamawiającego w zakresie zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. W związku z treścią art. 46 ust. 4a Pzp powstaje wątpliwość, czy samo złożenie, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,

jakiegokolwiek dokumentu spośród wymaganych przez zamawiającego, rodzi skutki w postaci braku podstawy do zatrzymania wadium.

Na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp można stwierdzić, że jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył właściwych dokumentów i oświadczeń lub pełnomocnictw, zamawiający zobowiązany jest do zatrzymania wadium. Wyjątek od tego obowiązku jest określony w art. 46 pkt 4a *in fine* Pzp, kiedy wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp. Ponadto odwołujący nie wykazał, że zaniechanie tego złożenia dokumentów nie wynika z przyczyn nieleżących po stronie odwołującego. Wobec tego zamawiający był zobligowany zastosować sankcję określoną w art. 46 ust. 4a Pzp.

Podobne stanowisko wyraził też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. (sygn. akt XIX Ga 268/09).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Izba nie uznała za uzasadnione koszty związane z dojazdem i wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego, gdyż pełnomocnik zamawiającego złożył zestawienie kosztów po zamknięciu rozprawy, a oprócz tego do tego zestawienia kosztów nie zostały dołączone rachunki, o czym stanowi § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....