

WYROK

z dnia 21 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZETO
– RZESZÓW Sp. z o.o. Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów, MCSI
Investments S.A. ul. Z. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa oraz
TBD – Polska S.A. Al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Główny Urząd Statystyczny al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZETO – RZESZÓW Sp. z o.o. Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów, MCSI Investments S.A. ul. Z. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa oraz TBD – Polska S.A. Al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZETO – RZESZÓW**

**Sp. z o.o. Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów, MCSI Investments S.A.
ul. Z. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa oraz TBD - Polska S.A. Al.
Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. 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:

.....

U z a s a d n i e n i e
do wyroku KIO 829/10 z 21 maja 2010 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę, konfigurację, serwis urządzeń sieciowych na potrzeby przeprowadzenia Powszechnego Spisu Rolnego w 2010 r. oraz Narodowego Spisu Powszechnego Ludności i Mieszkań w 2011 r.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu ograniczonego. Postępowanie zostało wszczęte 2 kwietnia 2010 r., zatem stosuje się do niego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 kwietnia 2010 r. pod numerem 2010/S 67-101071. Wartość zamówienia wynosi 3.114.752,40 zł, tj. 811.344,73 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

28 kwietnia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informacje o kwalifikacji wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Od tej decyzji Zamawiającego Odwołujący 7 maja 2010 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o: uwzględnienie odwołania; wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia dla firm IT.expert Sp. z o.o. i LUMENA S.A. oraz informacji na temat oddania przez IT.expert Sp. z o.o. do dyspozycji Konsorcjum osób zdolnych do wykonania zamówienia; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i nakazanie powtórzenia czynności oceny

wniosku Konsorcjum pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że przyczyną wykluczenia było to, iż Odwołujący, na wezwanie do uzupełnienia wymaganych dokumentów nie dołączył oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia dla firm IT.expert Sp. z o. o. i LUMENA S.A. oraz informacji na temat oddania przez IT.expert Sp. z o.o. do dyspozycji Konsorcjum osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W punkcie III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu „Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego” wymienione są dokumenty i oświadczenia, które mają złożyć wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu. W punkcie tym Zamawiający wskazał, że wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt III.2.1). Ponadto w piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień Zamawiający napisał odnośnie IT.expert Sp. z o.o. „wraz z dokumentami wymaganymi w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu”, natomiast odnosząc się do LUMENA S.A. napisał „uzupełnienie dokumentów wymaganych w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu dla LUMENA S.A.”. Zatem za każdym razem Zamawiający wskazuje na dokumenty wymienione w punkcie III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast w uzasadnieniu do wykluczenia Odwołującego Zamawiający pisze o oświadczeniach, o których w ww. piśmie nie było żadnej wzmianki. Dopiero w piśmie zawiadamiającym o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający informuje, iż chciał, aby dostarczył on oprócz dokumentów wymienionych w punkcie III.2.1) ogłoszenia, również oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia dla firm IT.expert Sp. z o. o. oraz LUMENA S.A. Ponieważ jednak nie podał tego w piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący uzupełnił wymagane dokumenty, a nie oświadczenia. Natomiast „dokument” i „oświadczenie” to nie są wyrazy o tożsamym znaczeniu, zgodnie bowiem ze słownikową definicją

oświadczenie to „oficjalna wypowiedź przedstawiająca czyjeś przekonania lub stanowisko, a także pismo zawierające taką wypowiedź”, a dokument to „pismo urzędowe”.

Również w przypadku zarzutu dotyczącego niedostarczenia informacji na temat oddania przez IT.expert Sp. z o.o. do dyspozycji Odwołującemu osób zdolnych do wykonania zamówienia Zamawiający nie wzywał go do jej uzupełnienia. W piśmie wzywającym do uzupełnienia jest jedynie informacja o konieczności uzupełnienia wykazu osób, którymi dysponuje Odwołujący.

Zamawiający nie ma zatem racji twierząc, iż w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest możliwe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących oświadczeń, skoro nie wzywał wcześniej Odwołującego do ich uzupełnienia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W punkcie III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał dokumenty zawarte w § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a więc w punkcie 1. widniało oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

Zdaniem Izby, przy zastosowaniu wykładni oświadczenia woli zgodnie ze wskazaniem art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, jasne i jednoznaczne jest, iż wezwanie Zamawiającego w zakresie dokumentów wymienionych w punkcie III.2.1) ogłoszenia odnoszącego się do całego punktu, a nie poszczególnych pozycji w nim wskazanych, odnosi się do wszystkich wymienionych w nim pozycji i Zamawiający nie musiał używać sformułowania „oświadczenia i dokumenty”.

Rzeczywiście, w niektórych przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych pojawia się rozróżnienie na oświadczenia i dokumenty np. art. 25, art. 26 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 48 ust. 7, art. 50, art. 44, ale ma ono trochę inny charakter, nie zawsze dotyczy wyłącznie dokumentów (i oświadczeń), o których mowa w rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów...*, poza tym często zostało wprowadzone, aby rozwiązać pojawiające się wątpliwości interpretacyjne co do możliwości np. uzupełniania dokumentów.

Natomiast, choćby w rozporządzeniu z 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, jak też i w poprzednim z 19 maja 2006 r., wszystkie wymagane „papiery” określone są jako „dokumenty” – już nawet w samym tytule rozporządzenia, jak też początkowych częściach przepisów. Jest to bowiem określenie powszechnie stosowane i nawet w niniejszym wyroku trzeba było użyć potocznego słowa „papiery” w braku innego określenia równoważnego do słowa „dokumenty”. Wskazane zaś przez Odwoływającego rozróżnienie na dokumenty i oświadczenia jest podziałem sztucznym i nie znajduje uzasadnienia w ich charakterze, przepisach ani nawet argumentacji Odwoływającego, gdyż dokument nie musi się nazywać w ustawie Prawo zamówień publicznych lub rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów...* „oświadczeniem”, aby nim być, np. wskazany przez Odwoływającego jako „dokument” wykaz dostaw czy wykaz osób jest przecież oświadczeniem wykonawcy, a nie pismem urzędowym. Argumentacja Odwoływającego na temat słownikowego znaczenia słowa „dokument” zmierza zasadniczo do zawartych w art. 244 i art. 245 kodeksu postępowania cywilnego definicji dokumentu urzędowego i dokumentu prywatnego – dla niniejszego sporu istotna jest definicja dokumentu prywatnego, który „stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie”. Zatem również kodeks postępowania cywilnego, jak i inne ustawy, uznają oświadczenie wprost za dokument i ustawa Prawo zamówień publicznych i jej przepisy wykonawcze nie stanowią tu wyjątku.

Oдноśnie zaś zarzutu dotyczącego braku wskazania w wezwaniu do uzupełniania informacji na temat oddania przez IT.expert Sp. z o.o. do

dyspozycji Odwołującego osób zdolnych do wykonania zamówienia, a jedynie samego wykazu tych osób, Izba stwierdziła, że wezwania w tym zakresie Zamawiający nie mógł dokonać w pierwotnym wezwaniu, bowiem konieczność przedstawienia tej informacji wynikła dopiero po otrzymaniu wykazu osób, w którym wskazano osobę, której to oświadczenie ma dotyczyć. Zatem Odwołujący uzupełniając brakujący wykaz osób, powinien był go dostarczyć już jako kompletny i prawidłowy, spełniając także wymóg zawarty w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. polegając na potencjale innego podmiotu zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że będzie nim dysponował, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tego podmiotu.

Gdyby bowiem Odwołujący taki wykaz przedstawił we wniosku, Zamawiający wzywając do uzupełnienia powinien wskazać stwierdzone w nim braki i błędy, czego nie może uczynić, gdy takiego dokumentu w ogóle brak (wtedy wzywa po prostu do przedstawienia dokumentu) – zatem wykonawca nie składając dokumentu w ogóle traci tę szansę wskazania przez zamawiającego uchybień i podejmuje ryzyko, że po wezwaniu do uzupełnienia musi od razu przedstawić, jak już stwierdzono powyżej, dokumenty kompletne i nie zawierające błędów. Sytuację tę należy bowiem potraktować analogicznie do sytuacji, w której wykonawca nie przedstawiłby np. zaświadczenia z Urzędu Skarbowego – po otrzymaniu uzupełnionego dokumentu zamawiający stwierdzając, iż jest on nieaktualny nie musiałby ponownie wzywać do uzupełnienia, a potem jeszcze kolejny raz, bo uzupełniony dokument już aktualny zawierałby błędne oznaczenie podmiotu i tak aż do skutku, kiedy wykonawca wreszcie przedstawiłby dokument bez wad.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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:

.....