

Sygn. akt: KIO/1292/10

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** od czynności Zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz**

orzeka:

- 1) odrzuca odwołanie;**
- 2) kosztami postępowania obciąża **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**.

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) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

.....

U z a s a d n i e

do sprawy o sygn. akt: KIO/1292/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie 17.02.2010 r., tj. po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy tej ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Na podstawie § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) Izba ustaliła także, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie 17.02.2010 r., do rozpoznawanego odwołania zastosowanie znajdują przepisy tego właśnie rozporządzenia.

Izba ustaliła nadto, że na podstawie § 7 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), wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, 17.02.2010 r. oraz wobec wniesienia odwołania 25.06.2010 r. do rozpoznania przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy tego właśnie rozporządzenia, które weszło w życie z dniem ogłoszenia, tj. 17.03.2010 r., a zatem przed wniesieniem tego odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z uwagi na fakt, że odwołujący Strabag Sp. z o.o. nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej** przed upływem terminu do złożenia odwołania.

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Budowa drogi Ogińskiego w Bydgoszczy na odcinku od ul. Powstańców Wielkopolskich do ul. Wojska Polskiego wraz z obiektami inżynierskimi i dojazdami«. 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, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

17.02.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 33-047276, oraz 26.02.2010 r. ogłoszenie o zmianie treści ogłoszenia pod nrem 2010/S 40-057883.

16.06.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) dokonaniu oceny warunków udziału w postępowaniu;
- 2) wykluczeniu wykonawcy Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, gdyż zamawiający uznał, że niemieckie zaświadczenie o niekaralności dotyczące panów Pawła A. i Alfreda W. nie odpowiadają zakresowi wymaganemu w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp.

25.06.2010 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków wniósł do Prezesa KIO odwołanie na dokonanie w sposób niezgodny z prawem wykluczenia z postępowania odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp;
- 2) art. 57 ust. 2 Pzp;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp

– przez przyjęcie, że dokumenty złożone przez odwołującego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. niemieckie zaświadczenie o niekaralności (Führungszeugnis) wydawane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości (Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości) w Bonn dotyczące p. Pawła Antonika oraz p. Alfreda Watzla – członków zarządu odwołującego, nie odpowiadają zakresowi wymaganemu w przez art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) dokonania czynności powtórnej oceny warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji dopuszczenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

Na odwołanie składało się łącznie 89 stron. Na stronie 9 zasadniczej części odwołania odwołujący zamieścił wykaz pięciu załączników, z których załącznik nr 1 to „Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej” (str. 10 i 11), załącznik nr 2 „odpis pełny KRS odwołującego” (str. 12-20), załącznik nr 3 to dowód uiszczenia wpisu od odwołania (str. 21), załącznik nr 4 to dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu (str. 22), oraz załącznik nr 5 to „tłumaczenie przysięgłe ustawy o Federalnym Centralnym Rejestrze Karnym i Rejestrze orzeczeń środków wychowawczych w stosunku do nieletnich (ustawa o Federalnym rejestrze karnym)” (str. 23-89).

W treści zasadniczej odwołania, w jego uzasadnieniu odwołujący podniósł między innymi, że:

„Dokument przedstawiony przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia przesłanki o której mowa wyżej, tj. zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Federalne Urząd Sprawiedliwości odpowiada wymaganiom rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zaświadczenie to wydawane jest na podstawie niemieckiej ustawy z dn. 18 marca 1971 o Federalnym Centralnym Rejestrze Karnym.

Dowód: *ustawa z dn. 18 marca 1971 o Federalnym Rejestrze Karnym.*

Zgodnie z §3 tejże ustawy, określającym zakres przedmiotowy informacji umieszczanych w Federalnym Rejestrze Karnym, ujawnia się tam wpisy prawomocnych wyroków /skazań/ karnych w zakresie o którym mowa w §4 - 8. Zgodnie z § 4 ustawy o Federalnym Rejestrze Karnym do rejestru wpisywane są prawomocne skazania /wyroki/ w których sąd niemiecki za popelniony czyn sprzeczny z prawem orzekł

- 1) karę,*
- 2) zarządził zastosowanie środków poprawczych i zapobiegających,*
- 3) udzielił upomnienia z zastrzeżeniem zastosowania kary zgodnie z § 59 Kodeksu Karnego lub*
- 4) zgodnie z § 27 Ustawy o sądach dla nieletnich ustalił winę osoby nieletniej lub młodocianej.*

Zgodnie z § 1 Federalny Rejestr Karny prowadzony jest przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości (Federalny Urząd Sprawiedliwości). W zakresie w jakim prowadzony jest rejestr wydawane są też przez ten urząd zaświadczenia o niekaralności.

Jak wynika z treści przywołanego przepisu o Federalnym Rejestrze Karnym zawarte w nim informacje dotyczą skazań za popełnione czyny sprzeczne z prawem bez względu na ich rodzajową kwalifikację tj. bez rozróżnienia na zbrodnie i występki (a takie rozróżnienie podobnie jak w prawie polskim występuje w niemieckim systemie prawa) oraz bez względu na rodzaj naruszonych w wyniku czynu sprzecznego z prawem dobra (np. przestępstwa przeciwko środowisku, przestępstwa przeciwko mieniu). Wobec braku takiego rozróżnienia zaświadczenie z Federalnego Rejestru Karnego stanowi kompletną informację o skazaniu, bądź jego braku, za wszystkie występujące w niemieckim systemie prawa formy popełnienia czynów sprzecznych z prawem”.

Na posiedzeniu przystępujący oświadczył, że kopia odwołania, którą otrzymał zamawiający oraz – w konsekwencji – przystępujący od odwołującego nie zawierała załączników do tego odwołania, a w szczególności załącznika nr 5. Ponadto przystępujący wskazał, że w konsekwencji nie załączenia przez odwołującego wszystkich załączników, zamawiający przekazał je w takiej postaci, w jakiej otrzymał, co pozbawiło również przystępującego możliwości zapoznania się z pełną treścią odwołania.

Odwołujący potwierdził, cyt. „Odwołanie zawiera wykaz załączników, a nie same załączniki i to wyraźne rozróżnienie odwołania od załączników jest również zauważone, i podkreślone w § 5 tego rozporządzenia [dotyczy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280)].

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zamawiający nie kwestionował, że nie otrzymał zasadniczej części odwołania, tj. stron 1-9, a zatem zapoznał się z wykazem załączników, o jakie odwołujący poszerzył odwołanie, który – jak wskazano wyżej – ujęto na stronie 9 odwołania. Z dowodu transmisji faksowej wynika, że odwołujący przesłał do zamawiającego 9 stron, czyli tylko zasadniczą treść odwołania bez załączników.

Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku wniesionego przez odwołującego Strabag Sp. z o.o. odwołania wymienione elementy stanowiły odpowiednio załączniki nr 1-4.

Z powyższego wynika, że załącznik nr 5, który znalazł się w wykazie załączników na stronie 9 odwołania nie stanowił załącznika, o których mowa w § 4 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie § 4 ust. 1 przytaczanego rozporządzenia uznać należy, że wystarczającym jest wskazanie w treści odwołania, jakie załączniki odwołujący dołącza do odwołania i przesłanie takiego odwołania do zamawiającego, ponieważ elementy w tym przepisie wskazane wyczerpują zawartość samego odwołania.

Ponieważ to nie załączniki „tworzą” treść odwołania, a jedynie ich wykaz, to stwierdzić należy, że przesłanie zamawiającemu kopii odwołania bez załączników, o których mowa w § 4 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia jest prawidłowe i wystarczające do uznania, iż odwołujący uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 Pzp.

Jednak w rozpoznawanej przez Izbę sprawie odwołujący dołączył do odwołania inne jeszcze załączniki niż te, które wskazano w § 4 ust. 1 rozporządzenia, tj. dołączył załącznik nr 5 „tłumaczenie przysięgłe ustawy o Federalnym Centralnym Rejestrze Karnym i Rejestrze orzeczeń środków wychowawczych w stosunku do nieletnich (ustawa o Federalnym rejestrze karnym)”.

W ocenie Izby załączniki te, chociaż formalnie zostały wyodrębnione przez odwołującego z części zasadniczej odwołania, stanowią element, o którym mowa w § 4 ust.

1 pkt 8 przytaczanego rozporządzenia („okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności”).

Niezależnie od porównywalnej, dużej liczby stron składających się na ten załącznik (jest to najobszerniejszy załącznik odwołania – 67 stron), należy stwierdzić należy, że stanowił one element merytorycznej zawartości odwołania, z którym tak zamawiający, jak i wszyscy potencjalni wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego mieli prawo i powinni byli się zapoznać, aby móc również na ich podstawie poznać pełne stanowisko i argumentację odwołującego i odpowiednio do ich treści przygotować własne stanowisko i argumentację.

Izba uznała także, że nie jest możliwym uznanie jako wystarczające wskazanie miejsca publikacji stanowiącej załącznik do odwołania ustawy, gdyż zgodnie z zasadą prowadzenia postępowania w języku polskim, należy przedstawiać wszystkie materiały, istotne w sprawie w języku polskim lub z tłumaczeniami, co również wynika z uregulowania § 19 ust. 3 przytaczanego rozporządzenia. Zgodnie tym przepisem wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona (w tym przypadku odwołujący) który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania zamawiającemu jego kopii upływał 25.06.2010 r. należy stwierdzić, że przesłanie zamawiającemu w tym dniu nieobejmującej tego istotnego elementu czyli niepełnej treści odwołania, na którą w tym przypadku składał się również załącznik nr 5, oznacza, że odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 Pzp.

W konsekwencji tego zaniechania odwołującego Izba jest zobligowana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp do odrzucenia odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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).

.....