

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Małgorzata Rakowska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2012 r. przez **Odwołującego** – SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uznania jego oferty za odrzuconą, nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** – SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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**.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę licencji na oprogramowanie oraz jego uaktualnień.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2012/S, 119-197004.

W dniu 1 sierpnia 2012r. Odwołujący - Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z uzasadnieniem decyzji o wykluczeniu Zamawiający uznał, że wypowiadając ze skutkiem natychmiastowym umowę z dnia 15 stycznia 2007 roku (nr umowy 1666) łączącą go z Odwołującym (działającym wówczas w konsorcjum z Cap Gemini Polska sp. z o.o.) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w prowadzonym postępowaniu zobowiązany jest zastosować dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy Pzp względem Odwołującego.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 8 sierpnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy Pzp poprzez uznanie, że istnieją przesłanki do jego zastosowania względem Odwołującego, podczas, gdy umowa, na wypowiedzenie której powołuje się Zamawiający, a której stroną był Odwołujący, nie była umową w sprawie zamówienia publicznego,

- art. 139 ust. 1 w zw. z art. 1 pkt 13 i art. 3 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez uznanie, że umowa, na wypowiedzenie której powołuje się Zamawiający, a której stroną był Odwołujący, była umową w sprawie zamówienia publicznego, podczas, gdy umowa ta nie

podlegała reżimowi ustawy Pzp,

- art. 4 pkt 1 lit a) ustawy Pzp w brzmieniu na dzień zawarcia umowy, na wypowiedzenie której powołuje się Zamawiający, a której stroną był Odwołujący, jak również art. 4 pkt 1 lit a) w brzmieniu na dzień składania niniejszego odwołania - poprzez uznanie, że umowa, na wypowiedzenie której powołuje się Zamawiający, a której stroną był Odwołujący, nie podlegała wyjątkom wskazanym w powołanych przepisach, zwalniających z obowiązku stosowania przepisów Pzp,

- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego winna być uznana za odrzuconą, podczas, gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu a jego oferta jest ofertą ważną w postępowaniu i nie podlegającą odrzuceniu,

- art. 24 ust. 10 i 11 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy APN Promise Sp. z o.o., którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, mimo, że wykonawca ten nie przedstawił na dzień składania ofert dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia go z postępowania,

- ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy APN Promise Sp. z o.o., jako wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp do ich złożenia w wyznaczonym terminie, mimo iż wykonawca ten nie złożył na dzień składania ofert dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący wnosił przy tym, o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- wykluczenie wykonawcy APN Promise Sp. z o.o., względnie wezwanie go do uzupełnienia dokumentów KRK potwierdzających brak podstaw do wykluczenia go z postępowania na dzień składania ofert,

- wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na wstępie Odwołujący zaznaczył, że bezsporne jest, że pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym (działającym wówczas, jako konsorcjum z Cap Gemini Polska Sp. z o.o.) została zawarta w dniu 15 stycznia 2007 roku umowa (nr umowy 1666).

Przypomniał, że w celu zawarcia tej umowy Zamawiający przeprowadził postępowanie dwustopniowe ogłaszając „Standard Bidding Documents”, a finansowanie umowy odbywać się miało w oparciu o pożyczkę z Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju działającego w ramach Banku Światowego uzyskaną przez Ministerstwo Finansów.

Zamawiający miał być instytucją wdrażającą wskazany projekt - co wynikało wprost z dokumentów Invitation for Bids („Zaproszenia do udziału w postępowaniu”) - str. 5 pkt. 2 i 3.

Wyjaśnił, że do udzielenia zamówienia, zgodnie z powyższym dokumentem stosowano procedurę „Procurement under IBRD Loans and IDA Crédits” Banku Światowego datowaną na maj 2004 r., na co wskazują zarówno postanowienia „Zaproszenia do udziału w postępowaniu” jak i treści umowy, nazwane w niej „Procurements Guidelines” („Wytyczne dotyczące zamówienia”).

Zwrócił uwagę, że na stronie 3 w pkt 4 „Zaproszenia do udziału w postępowaniu” zapisano, iż przetarg będzie prowadzony w formie międzynarodowego przetargu (ICB) według procedur określonych w wytycznych Banku Światowego: „Procurement under IBRD Loans and IDA Crédits” i jest otwarte dla wszystkich oferentów kwalifikujących się z krajów pochodzenia, zgodnie z wytycznymi, którzy spełniają określone minimalne kryteria kwalifikacyjne.

Według Odwołującego tak podpisana umowa nie została zawarta w trybie zamówienia publicznego zgodnie z Pzp i nigdy nie stosowano do niej przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na regulację art. 4 pkt 1 lit. a ustawy Pzp na dzień wszczęcia postępowania - na 2005 rok, który stanowił, że ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych na podstawie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych niż określone w ustawie.

Zdaniem Odwołującego z powyższego przepisu wynika, że do postępowań prowadzonych z udziałem środków finansowanych organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej nie miały w ogóle zastosowania przepisy polskiego Prawa zamówień publicznych tylko procedury tych instytucji, a zatem w postępowaniu nr 411/72820 nie stosowano procedur Pzp, ani ustawy Pzp, a jedynie powołaną wyżej procedurę Banku Światowego, jako międzynarodowej instytucji finansowej finansującej realizację zamówienia.

Odwołujący Bank Światowy potraktował, jako organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansową wskazaną w ustawie Pzp opierając się na statucie Banku Światowego i celów, dla jakich został powołany i jakie realizuje.

Wyjaśnił, że Bank Światowy, którego Polska jest członkiem, zapewnia

długoterminowe pożyczki o preferencyjnym oprocentowaniu dla najbardziej potrzebujących krajów członkowskich oraz przedsiębiorstw publicznych (po otrzymaniu gwarancji rządowych), dotacje, pomoc techniczną - obecnie wszystko do celów walki z ubóstwem i finansowania rozwoju takich dziedzin życia społecznego jak ochrona zdrowia, edukacja, ochrona środowiska czy też rozbudowa infrastruktury.

Zdaniem Odwołującego dla uznania Banku Światowego za organizację międzynarodową zasadnicze znaczenia mają trzy główne czynniki:

- po pierwsze, każda z instytucji należących do grupy Banku Światowego, a w szczególności Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju, zostały utworzone na podstawie szczególnej umowy międzynarodowej,

- po drugie, członkostwo w Banku Światowym przysługuje wyłącznie państwom, a Bank Światowy posiada pełną osobowość prawną oraz w szczególności pełną zdolność prawną do zawierania umów, nabywania i rozporządzania własnością nieruchomości i ruchomą oraz wszczynania postępowania sądowego.

Z powyższego wnioskował, że Bank Światowy należy zaliczyć do grona organizacji międzynarodowych, o których mowa w art. 4 pkt 1 a) ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że udzielając pożyczki Bank Światowy zobowiązuje do przeprowadzenia zakupów towarów lub usług z zachowaniem szczególnej procedury „Procurement under IBRD Loans and IDA Credits”.

Zauważył również, że ta procedura Banku Światowego jest zgodna z postanowieniami art. 4 pkt 1 a) ustawy Pzp, stanowiąc, że „Procedury przedstawione w Instrukcji stosują się do wszystkich kontraktów na towary i prace finansowane całkowicie lub w części z pożyczek Banku” (postanowienie 1.5. procedury).

Dodatkowo wskazał, że procedura Banku Światowego istotnie odbiega od zasad wynikających z ustawy Pzp, a zatem nie jest możliwe powstanie jakiegokolwiek wątpliwości czy Zamawiający w rzeczywistości dokonując wyboru oferty i zawierając umowę kierował się, chociażby pomocniczo ustawą Pzp.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że procedura Banku Światowego nie przewiduje jakichkolwiek środków ochrony prawnej, z których, gdyby do postępowania stosowano Pzp, wykonawca mógłby skorzystać.

Procedura ta przewiduje – według Odwołującego - również inne zasady kwalifikacji

wykonawców i inne zasady oceny ich zdolności do ubiegania się o udział w postępowaniu stosując daleko bardziej restrykcyjne zasady dotyczące oceny praktyk korupcyjnych, oszust i zmów, a także procesów sądowych, w których stroną jest oferent, niż wynika to z ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na wydaną w 2010 r. i zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych interpretację art. 4 ust. 1 lit a) ustawy Pzp, wskazującą, że w przypadku udzielania zamówień w oparciu o procedury finansującej organizacji międzynarodowej, uznając za taką również Bank Światowy, Zamawiający nie stosuje przepisów ustawy Pzp.

Przekonywał, że wyłączenie stosowania ustawy Pzp, przewidziane w art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa polskiego uregulowania przewidzianego w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 132, z późn. zm.).

Wywodził, że zgodnie z art. 15 lit. c ww. dyrektywy, nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych podlegających innym regułom proceduralnym i udzielanych na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowych, a taką szczególną procedurą jest procedura „Procurement under IBRD Loans and IDA Credits” Banku Światowego.

Powołując się dalej na cytowaną wyżej interpretację UZP wskazał, że jeżeli zamawiający udziela zamówienia publicznego, stosując szczególną procedurę przewidzianą przez wewnętrzne regulacje organizacji międzynarodowej, to może odstąpić od stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zauważył przy tym, iż zamawiający może skorzystać z przedmiotowego zwolnienia tylko w okolicznościach, gdy zastosowanie procedur organizacji międzynarodowych na charakter obligatoryjny, a zgodnie z wydaną przez Prezesa UZP interpretacją tego przepisu w każdym przypadku dla określenia statusu jednostki, jako organizacji międzynarodowej konieczne jest dokonanie indywidualnej oceny, czy dany podmiot można w ten sposób zakwalifikować.

Zdaniem Odwołującego kwestia zaliczania określonych podmiotów do grona organizacji międzynarodowych opiera się na kilku ogólnych przesłankach:

- po pierwsze, organizacja międzynarodowa powinna być powołana na podstawie umowy międzynarodowej pomiędzy państwami (lub głównie między państwami),
- po drugie, do grona jej członków powinny należeć wyłącznie lub w większości państwa,
- po trzecie, organizacja międzynarodowa z reguły powinna posiadać osobowość prawną oraz zdolność do czynności cywilnoprawnych.

Zdaniem Odwołującego Bank Światowy, biorąc pod uwagę wyżej wskazane kryteria - jest organizacją międzynarodową.

Jednocześnie podniósł, że Urząd Zamówień Publicznych wyjaśnił w interpretacji, iż pismem z dnia 3 kwietnia 2008 r. (znak: UZP/DP/E - AKO/7755/08) zwrócił się do Ministerstwa Spraw Zagranicznych z prośbą o przedstawienie stanowiska w kwestii kwalifikacji podmiotowej Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, Europejskiego Banku Inwestycyjnego oraz Banku Rozwoju Rady Europy w świetle prawa międzynarodowego, a z otrzymanych wyjaśnień (pismo z dnia 8 kwietnia 2008 r. znak: DPT 40/2008/MM) wynikało, iż wyżej wskazane instytucje są międzyrządowymi organizacjami międzynarodowymi.

Odwołujący jedynie na marginesie zwrócił uwagę, że kwestia skuteczności wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego jest kwestią pomiędzy stronami sporną i w tej kwestii strony prowadzą wymianę pism.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowy spór na tle przedmiotowej umowy zgodnie z jej postanowieniami może być rozpatrywany wyłącznie przed wskazanym rozjemcą i sądem arbitrażowym, a nie Krajową Izbą Odwoławczą, to nie jest on przedmiotem niniejszego odwołania.

Odwołujący stanowczo podkreślił, że pominięcie tej kwestii w odwołaniu nie wynika z ewentualnego uznania przez niego ważności i skuteczności oświadczenia o wypowiedzeniu umowy nr 1666 z dnia 2 czerwca 2011 r.

Odwołujący zakwestionował także prawidłowość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Pzp w odniesieniu do Odwołującego, bowiem przepis ten nakazuje wykluczyć Zamawiającemu jedynie tych wykonawców, którzy nie wykonali umowy w sprawie zamówienia publicznego i niedopuszczalne jest rozszerzanie zamkniętego katalogu przesłanek wykluczenia wykonawców.

Odwołujący wskazał również, że umowa nr 1666 z 15 grudnia 2007 roku nie może

być uznana za umowę w sprawie zamówienia publicznego, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 4 pkt 1 a) ustawy Pzp nie stosuje się w określonym tam przypadku, to umowa zawarta poza przepisami ustawy Pzp nie może być traktowana na równi z umową w sprawie zamówienia publicznego, którą można zawrzeć jedynie w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Według Odwołującego tylko umowy zawarte w oparciu o przepisy ustawy Pzp mogą mieć status „umowy w sprawie zamówienia publicznego” i kwestię tylko takich umów reguluje ustawa Pzp.

Odwołujący zwrócił również uwagę, na konsekwencję racjonalnego ustawodawcy, który w zakresie przypadków wykluczenia wykonawcy również odwołuje się do szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia - czyli, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy Pzp zamówienia publicznego.

Wywodził, że niezgodne z literalnym brzmieniem przepisów Pzp, byłoby uznanie, że każde niewykonanie każdej umowy mogłoby mieć wpływ na możliwość ubiegania się wykonawcy o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, podlega wykluczeniu z postępowania wobec niewykazania przez tego wykonawcę, iż nie podlega on wykluczeniu.

Względnie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wymaganych dokumentów i oświadczeń, do czego zobowiązany był na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, a także aktualnych KRK zarówno osobowych jak i dotyczących podmiotu zbiorowego.

W swoim zarzucie wskazał na okoliczność, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 31 lipca 2012 r., a w dniu 21 lipca 2012 r. weszła w życie zmiana ustawy Pzp w zakresie art. 24 ust. 1 Pzp wskazującego obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania.

Zwrócił przy tym uwagę, że zmiana ta została wprowadzona ustawą z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W ocenie Odwołującego przepisy końcowe i przejściowe tej ustawy nie zawierają w odniesieniu do zmian ustawy Pzp żadnych przepisów szczególnych, a zatem zmiany te

obowiązują w stosunku do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym termin składania ofert przypada po ich wejściu w życie - zgodnie z obowiązującymi zasadami techniki prawodawczej.

Wskazał również, że powołana zmiana art. 24 ust. 1 ustawy Pzp polega na dodaniu dwóch nowych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- pkt 10 nakazującego wykluczenie wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku; oraz

- pkt 11 nakazującego wykluczenie wykonawców będących spółką jawna, spółką partnerską, spółką komandytowa, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

Ponieważ zgodnie z pkt 8.1.1.SIWZ Zamawiający żądał od wykonawców złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp i żądał złożenia dokumentów aktualnych, a zgodnie z przepisami dokumenty te powinny potwierdzać stan na dzień składania ofert, to oświadczenie oraz dokumenty składane przez wykonawców winny odpowiadać aktualnemu stanowi prawnemu oraz same pozostawać aktualne, a w szczególności dokumenty z KRK wystawione w dniu 11 kwietnia 2012 roku (zarówno osobowy jak i dla podmiotu zbiorowego) nie mogą potwierdzać niekaralności odnośnie przestępstw stypizowanych po tej dacie.

Zdaniem Odwołującego dokumenty wystawione mniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert, nie są dokumentem aktualnym, gdyż nie są zgodne ze stanem prawnym obowiązującym na dzień składania ofert, a aktualność dokumentu nie dotyczy jedynie daty jego obowiązywania, ale również treści merytorycznej, jaką ze sobą niesie na dany dzień.

Argumentował, że w przypadku gdyby wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń złożyłby je z datą późniejszą niż dzień 31 lipca 2012 r., zarówno dokumenty jak i oświadczenia takie nie powinny być brane przez Zamawiającego pod uwagę, a sam wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego wadium powinno zostać zatrzymane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego i wykonawcy: APN Promise sp. z o.o., zawiadomienia Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2012r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, formularza umowy kontraktowej z dnia 15 stycznia 2007r., sekcji IV. Ogólnych Warunków Kontraktu oraz V. Szczególnych Warunków Kontraktu, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem podlegało ono rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a) oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego co do pierwszego zarzutu odwołania było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Dokonując analizy podanej przez Zamawiającego podstawy prawnej rozstrzygnięcia w zakresie przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba uznała, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Pzp nie mógł zostać zastosowany w stosunku do wykonawcy.

Należy wskazać, że stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi

odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła, co najmniej 5% wartości umowy.

Dyspozycja powołanego wyżej przepisu prawa może zostać uruchomiona jedynie w sytuacji wykazania przez Zamawiającego w czynności będącej przedmiotem zaskarżenia istnienia wszystkich przesłanek wymienionych w tym przepisie.

Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, iż wypowiedziana ze skutkiem natychmiastowym umowa nr 1666 z dnia 15 stycznia 2012r. wiążąca go z Odwołującym była umową w sprawie zamówienia publicznego.

Cytowany przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Pzp wskazuje na pojęcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe wymaga wykładani prawnej, nie tylko w oparciu o przepis art. 2 pkt 13 ustawy Pzp (definicja zamówienia publicznego), na co zwraca uwagę Zamawiający, ale również przy uwzględnieniu przepisu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp (definicja zamawiającego).

Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na kilka elementów wskazujących na istotę zamówienia publicznego. Wskazuje się tam:

- 1) zawarcie odpłatnej umowy
- 2) umowy, która ma zostać zawarta między zamawiającym, a wykonawcą
- 3) umowy, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Biorąc pod uwagę powyższe wszystkie wskazane w tym przepisie elementy powinny znaleźć wypełnienie dla uznania, że w danym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem publicznym. W przedmiotowej sprawie niewątpliwym jest, że mieliśmy do czynienia z zawarciem umowy odpłatnej, której przedmiotem zamówienia było wykonanie określonych usług informatycznych. Dla oceny, czy w niniejszej sprawie znajduje wypełnienie przesłanka z punktu drugiego (umowa zawierana między zamawiającym, a wykonawcą), w szczególności czy mamy w tym przypadku do czynienia z podmiotem zamawiającym, należy sięgnąć do definicji zamawiającego określonej w art. 2 pkt 12 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Definiując podmiot zamawiający ustawodawca wskazał na obowiązek stosowania ustawy Pzp przez dany podmiot. Zakres obowiązku stosowania ustawy Pzp z kolei wyznaczają w sposób pozytywny art. 3 ust. 1 (zakres podmiotowy) oraz w sposób negatywny art. 4 ustawy Pzp (zakres przedmiotowy). Zatem przy ocenie obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp należy mieć na względzie to czy ustawodawca podmiotowo daną jednostkę zobowiązał do stosowania przepisów ustawy (art. 3 ust. 1 ustawy Pzp) oraz to, czy nie wyłączył tego obowiązku wobec niej w sposób przedmiotowy (art. 4 ustawy Pzp). O ile nie ma wątpliwości,

że podmiotowo Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad jest zobowiązana do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, to z pewnością w przypadku umowy zawartej w 2007 r. z Odwołującym (działającym w konsorcjum) zachodziła przesłanka z art. 4 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, wskazująca na wyłączenie stosowania ustawy do zamówień udzielanych na podstawie procedury organizacji międzynarodowej

Izba ustaliła, jako okoliczność bezsporną pomiędzy stronami, iż udzielone przez Zamawiającego zamówienie publiczne zostało dokonane na podstawie procedur Banku Światowego, który – zdaniem Izby – jest międzynarodową organizacją finansową, zatem zgodnie z powołanym wyżej przepisem art. 4 ust. 1 lit. a ustawy Pzp do takich zamówień nie stosuje się ustawy Pzp. Zatem jeżeli ustawa Pzp nie ma zastosowania wobec organizacji międzynarodowych z powodu wyłączenia, o którym mowa w przepisie art. 4 ust. 1 lit. a ustawy Pzp, to nie występuje również instytucja zamawiającego opisana w art. 2 pkt. 12 ustawy Pzp, która byłaby zobowiązana do stosowania ustawy.

Reasumując, Izba reprezentuje pogląd, że przepis art. 24 ust.1 pkt. 1a) ustawy Pzp wskazujący na podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania i będący jedną z kilku enumeratywnie wymienionych w ustawie Pzp przesłanek do wykluczania wykonawców z postępowania, powinien być interpretowany ściśle. W związku z powyższym przywołany przepis – zdaniem Izby - może mieć zastosowanie jedynie w stosunku do umów w sprawie zamówienia publicznego, a więc zawieranych przez podmioty zamawiające zobowiązane podmiotowo i przedmiotowo do stosowania przepisów ustawy Pzp w konkretnym zamówieniu.

Wobec niepotwierdzenia się istnienia przesłanki umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiącej dostateczną podstawę do wykluczenia Odwołującego Izba uznała, że okoliczność ustalenia skuteczności dokonanego wypowiedzenia nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W zakresie drugiego zgłoszonego zarzutu odwołania Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, że zarzut nie potwierdził się.

Z akt sprawy wynika, że do oferty została załączona aktualna na dzień składania ofert informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1, 5, 6 rozporządzenie 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) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów:

1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;

5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Powyższy przepis nie wymaga złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Skoro zatem obowiązujące przepisy prawa będące podstawą oceny spełniania przez wykonawców opisanych ustawowo warunków udziału w postępowaniu, przewidują zamknięty katalog dokumentów podmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 1 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów), na podstawie których może dochodzić do tej weryfikacji, nieuprawnione jest wymaganie od danego wykonawcy przedłożenia w tym zakresie dodatkowych dokumentów, nieprzewidzianych w tych przepisach.

W tym, zatem przypadku zasadniczym dokumentem, w oparciu, o który następuje weryfikacja wykonawców pod kątem braku karalności, także w świetle o art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, jest aktualna – wystawiona nie później niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - informacja z KRK. Informacja z KRK zawierająca adnotację: „NIE FIGURUJE” potwierdza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, także w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 (zapytanie zgłoszone przez wykonawcę do KRK w niniejszej sprawie miało charakter ogólny: w związku z ubieganiem się o zamówienie publiczne w oparciu o przepisy ustawy Pzp). Drugim takim dokumentem jest także oświadczenie złożone przez wykonawcę w ofercie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, które potwierdza, iż wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, także w związku z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 1a) miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....

.....