

Sygn. akt KIO/UZP 89/08

WYROK
z dnia 19 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek
Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu rozprawy w dniu 19.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: **HENCZKE - Budownictwo Sp. z o.o., HENTSCHKE Bau GmbH, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Elektroinstal A. Smardzewski Sp. j., Płock, ul. Stary Rynek 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Płock, Płock, ul. Stary Rynek 1** protestu z dnia 15.01.2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .Uwzględnia odwołanie, nakazuje powtórzenie czynności oceny wniosków.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Płock, Płock, ul. Stary Rynek 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: HENCZKE - Budownictwo Sp. z o.o., HENTSCHKE Bau GmbH, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Elektroinstal A. Smardzewski Sp. j., Płock, ul. Stary Rynek 4.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7064 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Płock, Płock, ul. Stary Rynek 1** na rzecz **Konsorcjum: HENCZKE - Budownictwo Sp. z o.o., HENTSCHKE Bau GmbH, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Elektroinstal A. Smardzewski Sp. j., Płock, ul. Stary Rynek 4.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: HENCZKE - Budownictwo Sp. z o.o., HENTSCHKE Bau GmbH, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Elektroinstal A. Smardzewski Sp. j., Płock, ul. Stary Rynek 4.**

Uzasadnienie

Gmina – Miasto Płock – zwana dalej Zamawiającym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę dróg dojazdowych (krajowych) do II przeprawy mostowej w Płocku. Budowa odcinka IV od km 14+350 do 18+851 (od węzła Dobrzykowska do węzła Góry) wraz z budową ul. Browarnej (na odcinku 190 m od drogi dojazdowej w kierunku ul. Piwnej)”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

W dniu 11 stycznia 2008r. Zamawiający powiadomił konsorcjum firm Henczke – Budownictwo sp. z o.o. (lider), Hentsche Bau GmbH, Drogbud Podkarpacki Holding Dróg sp. z o.o., Elektroinstal Andrzej Smardzewski sp. j. – zwane dalej Konsorcjum Henczke o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych – zwanej dalej ustawą Pzp. Powodem wykluczenia było załączenie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia złożonego w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera Konsorcjum Henczke.

W dniu 18 stycznia 2008r. Konsorcjum Henczke złożyło protest w którym zażądało unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania i zaproszenia do złożenia oferty w postępowaniu. W argumentacji podkreślono m.in., że znowelizowany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na Zamawiających obowiązek wzywania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń w przypadku ich braku lub jeśli zawierają błędy – wskazano ratio legis oraz powołano się na brzmienie opinii UZP. Wskazano, że wykluczenie protestującego z powodu niewłaściwej formy jednego z dokumentów narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Na koniec wskazano na pogląd o dopuszczalności złożenia jednego oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez lidera w imieniu pozostałych konsorcjantów.

W dniu 22 stycznia 2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie w całości. Wskazał, że ustawodawca odróżnił oświadczenie składane w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp od dokumentów i oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp a tym samym konieczne było wykluczenie konsorcjum z powodu złożenia ww. oświadczenia w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Ponadto wskazano na fakt braku w oświadczeniu członka Konsorcjum – firmy Drogbud Podkarpacki Holding Dróg sp. z o.o. Na koniec wskazano na bezpodstawne powoływanie się przez protestującego na art. 5 kc.

W dniu 25 stycznia 2008r. Konsorcjum Henczke złożyło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Wskazano na konieczność unieważnienia czynności wykluczenia

odwołującego z postępowania oraz nakazania Zamawiającemu zaproszenia Konsorcjum do złożenia oferty. Wskazano, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez oddalenie protestu i podtrzymanie decyzji o wykluczeniu. Podstawą wykluczenia może być nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub nie złożenie wymaganych dokumentów a w ocenie odwołującego żadna z ww. okoliczności nie nastąpiła w przedmiotowym stanie faktycznym. Ponadto okoliczności które miało potwierdzać przedmiotowe oświadczenie zostały potwierdzone przez inne dokumenty w postępowaniu. Ponadto wskazano, że kopia oświadczenia została podpisana przez osobę należycie umocowaną do reprezentowania konsorcjanta. Ponadto argumentowano zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w postępowaniach podprogowych – co powoduje możliwość uzupełniania oświadczeń. Wskazano, że Konsorcjum Henczke złożyło wszystkie dokumenty wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu a ponadto zamawiający w sekcji III.2.1 ogłoszenia wymienił oświadczenie w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i w tej samej sekcji III.2.1 pkt 4 przewidział, że dokumenty powinny być składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Oznaczało to dopuszczenie do złożenia oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 ustawy w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Na przeprowadzonym posiedzeniu i rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska, przedstawiły argumentacje i dokumenty na ich potwierdzenie.

Izba zważyła i ustaliła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszym stanie faktycznym kluczowe znaczenie ma rozważenie dwóch kwestii :

– czy oświadczenie składane w trybie art. 22 ust. 1 w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę odpowiada przepisom ustawy Prawo Zamówień Publicznych i rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – zwanego dalej „rozporządzeniem”,

oraz

- czy oświadczenie składane w trybie art. 22 ust. 1 może być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W odniesieniu do kwestii składania oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę należy stwierdzić, że co do zasady powinno ono znajdować się w formie oryginalnej w ofercie lub wniosku. Wynika to z tego, że w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę mogą być składane dokumenty o których mowa w rozporządzeniu – wynika to z bezpośredniego brzmienia § 4 ust. 1 rozporządzenia – nie ulega wątpliwości, że oświadczenie nie jest dokumentem wymienionym w rozporządzeniu. A tym samym przepisy tego rozporządzenia nie mogą mieć odniesienia do tego oświadczenia.

Co do wartości materialnej oświadczenia złożonego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem – w istocie stwierdzenie „za zgodność z oryginałem” połączone z podpisem uprawnionej osoby jest potwierdzeniem tego, że takiej treści dokument istnieje w oryginale. Jeśli ta sama osoba dokonuje podpisu na kopii tego dokumentu to tym samym można by uznać, że bez względu na formę wprowadzenia treści do tego dokumentu – czy przez odręczne pismo, przez drukarkę lub kserokopiarkę – powstaje oświadczenie o konkretnej treści. Nie można jednak pomimo tego stwierdzić, że jest to oryginalne oświadczenie składane w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Ponadto podkreślić należy istotny aspekt oświadczenia – jest to dokument który co do zasady powinien być podpisywany w związku ze składaniem konkretnej oferty lub wniosku w postępowaniu – jest to oświadczenie wykonawcy dotyczące faktu spełniania warunków postępowania w konkretnym postępowaniu. Tym samym nie powinno się doprowadzić do praktyki istnienia wzorów oświadczeń w trybie art. 22 ust. 1 ustawy – potwierdzanych za zgodność z oryginałem i składanych do różnych postępowań. Nierozłączny charakter oświadczenia składanego w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia – konkretnym wnioskiem lub ofertą powoduje konieczność składania tych oświadczeń w oryginale w odniesieniu do każdego postępowania. Z zasady pisemności postępowania wynika konieczność składania dokumentów w zwykłej formie pisemnej w rozumieniu kc – przez złożenie własnoręcznego podpisu pod treścią oświadczenia a składanie oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 Pzp w formie oryginału odpowiada tym wymogom.

W przypadku przedmiotowego postępowania wykonawca tłumaczył fakt złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 w formie kopii treścią ogłoszenia z którego wynikało, że dokumenty składane w postępowaniu powinny być w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na poprzednio uzasadniony charakter oświadczenia składanego w trybie art. 22 ust. 1 ustawy. Odwołujący podkreślił, że traktował oświadczenie jako dokument prywatny – Izba co do zasady zgadza się z taką interpretacją ale uzupełnia, że jest to dokument prywatny wystawiany przez wykonawcę w stosunku do konkretnych warunków konkretnego

postępowania. Tym samym nie można traktować go standardowo tak jak dokumenty wystawiane przez uprawnione instytucje takie jak Naczelnik US czy Zakład Ubezpieczeń Społecznych albo Krajowy Rejestr Karny – gdzie dokumenty wystawiane przez te podmioty wykorzystywane są przez wykonawców do wielu postępowań a tym samym są kopiowane i potwierdzane za zgodność z oryginałem. Stwierdzić należało, że zapis w ogłoszeniu dotyczący dokumentów nie powinien stanowić podstawy do możliwości składania oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

W odniesieniu do możliwości uzupełniania oświadczeń składanych w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp – należy stwierdzić, że Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy ma obowiązek wezwania do uzupełnienia ww. oświadczeń w przypadku ich braku. W przypadku złożenia oświadczenia w nieprawidłowej formie – należało stwierdzić, że istocie nie zostało ono złożone w oryginale – w takich okolicznościach należy wezwać danego wykonawcę do jego uzupełnienia. Wynika to z bezpośredniego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy gdzie po nowelizacji wymienia się nie tylko dokumenty ale również oświadczenia. Obowiązkowym oświadczeniem dotyczącym spełniania warunków w postępowaniu jest oświadczenie składane w trybie art. 22 ust. 1 ustawy. Wątpliwości zamawiającego związane ze zwrotem zawartym w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy „nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału” są bezzasadne z uwagi na dalszą treść tego przepisu w której zawarte jest zastrzeżenie dotyczące konieczności zastosowania art. 26 ust. 3.

W ocenie Izby odróżnianie w sposób rozłączny „oświadczenia o spełnianiu warunków” o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy od „oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu” o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy jest bezzasadne. W istocie zakres pojęcia „oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu” zawiera w sobie „oświadczenia o spełnianiu warunków” – tym samym należy stwierdzić, że w „oświadczenie o spełnianiu warunków” jest jednym z oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Tym samym należy podkreślić słuszność opinii UZP dotyczącej konieczności żądania uzupełnienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu gdzie wskazuje się na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 3 i występujące tam odniesienie do art. 26 ust. 3 ustawy. Nie budzi wątpliwości słuszność zacytowanych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej – sygn. akt KIO/UZP/69/07 oraz KIO/UZP/94/07 gdzie w tym drugim orzeczeniu wprost wskazano, że Zamawiający może również żądać uzupełnienia innych niż wymienione w rozporządzeniu dokumentów i oświadczeń potwierdzających warunków udziału w postępowaniu.

W istocie w stanie prawnym wynikającym z pierwotnego brzmienia treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wynikało, że można wzywać do uzupełnienia ale

wyłącznie dokumentów – a nie oświadczeń. Wyroki Zespołów Arbitrów wydane w poprzednim stanie prawnym są nieaktualne w odniesieniu do obecnie obowiązujących przepisów w zakresie dotyczącym obowiązku wzywania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń oraz ich rodzajów.

W związku z powyższym Zamawiający powinien wezwać wykonawcę – Konsorcjum Henczke do uzupełnienia kwestionowanych oświadczeń. Konsorcjum Henczke natomiast ze swojej strony powinno złożyć wymagane przez zamawiającego oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 we właściwej formie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w wysokości 3000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*