

Sygn. akt: KIO/UZP 1215/10

**WYROK**  
z dnia 2 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

**Członkowie: Bogdan Artymowicz**  
**Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Iveco Magirus – FIREMAX, 02-495 Warszawa, al. Jerozolimskie 224** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", 00-906 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 1** protestu z dnia 28 maja 2010 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Iveco Magirus – FIREMAX, 02-495 Warszawa, al. Jerozolimskie 224**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Iveco Magirus – FIREMAX, 02-495 Warszawa, al. Jerozolimskie 224,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Iveco Magirus – FIREMAX, 02-495 Warszawa, al. Jerozolimskie 224.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie – prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na *Dostawę dwóch lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych dla Portu Lotniczego im. Fryderyka Chopina w Warszawie.*

Konsorcjum: Iveco Magirus – Firemax złożyło protest na czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu, na podstawie § 4 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), do przedłożenia oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii referencji wystawionych przez Dyrektora Działu Wyposażenia Straży Pożarnej Shenyang.

W proteście Konsorcjum: Iveco Magirus – Firemax zarzuciło Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 51 ust 1 i 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wykonawca wniósł o unieważnienie objętej protestem czynności Zamawiającego.

W uzasadnieniu protestu Wykonawca podniósł, że Zamawiający wezwał go do przedłożenia oryginału lub notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii referencji w dniu 19 maja 2010 r., mimo że uprzednio, pismem z 29 stycznia 2010 r., poinformował

o spełnieniu przez niego warunków udziału w postępowaniu, a następnie, dnia 2 marca 2010 r. zaprosił go do składania ofert, co świadczy o zakończeniu etapu oceny wniosków.

Protestujący, z faktu poinformowania przez Zamawiającego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do składania ofert wywodził, że został ostatecznie dopuszczony do udziału w postępowaniu, zatem nie może być poddany ponownej ocenie pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Protestującego, wezwanie do przedłożenia dokumentu po zaproszeniu do złożenia oferty w przetargu ograniczonym było działaniem nieuprawnionym i naruszającym uczciwą konkurencję, bowiem zgodnie z przepisem art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zaprosił Odwołującego się do złożenia oferty, uznając tym samym, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, czego dowodem jest druk ZP- 16 *Zbiorcza ocena warunków udziału w postępowaniu*. Ocena ta możliwa jest, zdaniem Odwołującego się, jedynie na etapie analizy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wtedy też powinno nastąpić ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, a jakakolwiek inna interpretacja kłóciłaby się z dynamiką i ekonomią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zakwalifikowanie wykonawcy do następnego etapu postępowania uniemożliwia, zdaniem Protestującego, kwestionowanie w toku dalszego postępowania warunków podmiotowych dopuszczonego wykonawcy.

W proteście Wykonawca podniósł również, iż przepis § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nakłada na zamawiających obowiązek wyjaśnienia wątpliwości co do prawdziwości dokumentów zawartych we wnioskach, a jednocześnie ogranicza uprawnienie do żądania oryginałów lub notarialnie poświadczonych kopii dokumentów do sytuacji, gdy złożone przez wykonawców kopie dokumentów są nieczytelne lub budzą wątpliwości co do ich prawdziwości. Niezrozumiałe, zdaniem Protestującego, jest powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do spornego dokumentu po upływie 4 miesięcy od zawiadomienia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz 5 miesięcy po upływie terminu składania wniosków.

Po oddaleniu przez Zamawiającego protestu poprzez jego nierozstrzygnięcie, Konsorcjum: Iveco Magirus – Firemax wniosło odwołanie, w którym podtrzymało przedstawione w proteście zarzuty, żądania i argumentację.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3. *Zdolność techniczna*), warunkiem udziału w postępowaniu było, aby wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali dostawę *przynajmniej dwóch lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym* oraz przedłożyli dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie. W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty wykaz wykonanych dostaw z podaniem ich przedmiotu, daty wykonania i odbiorców. Na potwierdzenie informacji zawartych w wykazie wykonawcy mieli obowiązek przedstawić dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

Odwołujący się, we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 28 grudnia 2009 r., zamieścił wykaz dwóch dostaw wskazanych przez Zamawiającego pojazdów, z których jedna zrealizowana została na rzecz straży pożarnej Międzynarodowego Portu Lotniczego Wnukowo w Moskwie, druga – na rzecz straży pożarnej Shenyang Airport (Chiny). Do powyższego wykazu Wykonawca załączył dokumenty potwierdzające realizację wskazanych dostaw, w tym dostawy na rzecz Shenyang Airport – kopię *Listu referencyjnego* w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski sporządzonym przez tłumacza przysięgłego. W treści powyższego dokumentu, wystawionego przez Dyrektora Działu Wyposażenia Straży Pożarnej Shenyang, wskazano dostawcę (Iveco Magirus) oraz przedmiot i wartość dostawy i datę jej realizacji, bez stwierdzenia, że dostawa została wykonana należycie.

W dniu 12 stycznia 2010 Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż przedstawione w wykazie zamówienia zostały wykonane należycie. Zamawiający wskazał, że z dokumentu załączonego do wykazu, dotyczącego dostawy lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego na potrzeby Shenyang Airport nie wynika, iż zamówienie zostało wykonane należycie.

Odwołujący się przedstawił Zamawiającemu w dniu 21 stycznia 2010 r. dokument pn. *Uzupełnienie do listu referencyjnego*, wystawiony przez Dyrektora Działu Wyposażenia Straży Pożarnej Shenyang, w którym stwierdza się, że dostawa została zrealizowana *zgodnie z umową i z największą starannością*.

Zamawiający uznał powyższy dokument za spełniający wymagania, o czym świadczy przekazanie Odwołującemu się, w dniu 29 stycznia 2010 r., informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a następnie (2 marca 2010 r.) zaproszenie do składania ofert (termin składania ofert został wyznaczony na dzień 26 marca 2010 r.).

Pismem z dnia 15 kwietnia 2010 r. Protekta Sp. z o.o., powołując się na ustalenia dokonane przez Albert Ziegler GmbH & Co. KG (wykonawcę biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu), poinformowała Zamawiającego, że spółka Iveco Magirus nie dokonała dostawy pojazdu dla lotniska w Shenyang, zatem przedłożona referencja jest nieprawdziwa. Następnie, w dniu 21 kwietnia 2010 r., do Zamawiającego wpłynęło (za pośrednictwem Protekta Sp. z o.o.) pismo wykonawcy Albert Ziegler GmbH & Co. KG, przedstawiające informacje mające świadczyć o tym, że wykazana przez Odwołującego się dostawa nie została wykonana, a lotnisko w Shenyang nie wystawiło załączonych do oferty referencji.

W dniu 19 maja 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii referencji wystawionych przez Dyrektora Działu Wyposażenia Straży Pożarnej Shenyang. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie tego dokumentu do dnia 25 maja 2010 r.

Odwołujący się, w dniu 21 maja 2010 r., zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu do 28 maja 2010 r., wskazując, że potrzebny jest dłuższy czas na przygotowanie odpowiedzi. Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2010 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu.

***Izba zważyła, co następuje:***

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się, że Zamawiający, poprzez dokonanie objętej odwołaniem czynności naruszył przepisy art. 7 ustawy Pzp. Wezwanie do przedłożenia oryginału dokumentu bądź jego notarialnie poświadczonej kopii, w sytuacji otrzymania sygnałów o ewentualnym braku wiarygodności przedłożonej kopii, w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wątpliwości zaistniały bowiem tylko w odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez jednego wykonawcę, nie można więc czynić zarzutu z faktu żądania oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii tylko od tego wykonawcy.

Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego się, że Zamawiający poprzez dokonanie kwestionowanej czynności działał na rzecz wykonawcy sklasyfikowanego na

drugim miejscu. Zamawiający może i powinien dążyć do ustalenia prawdy obiektywnej w odniesieniu do faktów mających wpływ na wynik postępowania, niezależnie od tego, na sytuację którego z wykonawców wpłynie ona korzystnie.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 51 ust 1 i 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W odniesieniu do przepisów art. 51 ust. 1 i 3 ustawy Pzp podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do stwierdzenia, że Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie może więc być mowy o naruszenie powyższego przepisu, który zobowiązuje do zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Nie wynika również z tych przepisów zakaz weryfikacji prawdziwości składanych informacji po zaproszeniu do składania ofert.

Jeśli zaś chodzi o przepis § 4 ust. 2 przywołanego wyżej rozporządzenia, przepis ten określa uprawnienie zamawiającego do żądania oryginału dokumentu lub jego notarialnie poświadczonej kopii, ograniczając jednocześnie to uprawnienie wyłącznie do sytuacji, gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Skoro kopia referencji złożonych przez Odwołującego się wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, miał on prawo w świetle powyższego przepisu – niezależnie od źródła tych wątpliwości – zażądać złożenia oryginału lub poświadczonej notarialnie kopii.

Głównym zarzutem pod adresem Zamawiającego jest skorzystanie z tego uprawnienia po dokonaniu weryfikacji podmiotowej polegającej na ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – Odwołujący się podnosi wygaśnięcie tego uprawnienia wraz z przejściem do kolejnego etapu postępowania. Zatem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy konieczne jest ustalenie, czy uprawnienie Zamawiającego do weryfikowania prawdziwości informacji mających wpływ na wynik postępowania jest ograniczone w czasie.

Przyznać należy, że procedura przetargu ograniczonego skonstruowana jest w taki sposób, iż dzieli postępowanie na dwa etapy: etap oceny spełniania warunków podmiotowych, a następnie – dla wykonawców, którzy te warunki spełniają – etap oceny ofert. Do składania ofert zapraszani są tylko wykonawcy, którzy zostali ocenieni przez Zamawiającego jako spełniający warunki podmiotowe. Jednakże taka konstrukcja procedury nie uprawnia – zdaniem Izby – do wniosku, że bez względu na okoliczności ujawnione w późniejszych fazach postępowania, Zamawiającemu nie wolno weryfikować dokumentów i informacji mających wpływ na wynik postępowania, zamieszczonych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, pod kątem ich prawdziwości.

Zamawiający, dysponując informacjami przedstawionymi we wniosku i uzupełnionymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miał podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego się, dlatego zaprosił go do składania ofert. Informacje o ewentualnym braku wiarygodności przedstawionych referencji dotarły do Zamawiającego po zaproszeniu do składania ofert i po ich złożeniu przez wykonawców, a po ich otrzymaniu Zamawiający wezwał Odwołującego się do przedłożenia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii. Jak podkreślił Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, wezwanie to nie przesądza w żaden sposób prawdziwości przedstawionych informacji, zmierza jedynie do ich weryfikacji.

Dodać przy tym należy, że jeśli Odwołujący się spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, to na każdym etapie postępowania może i – w związku z wątpliwościami Zamawiającego – powinien to wykazać. Niezależnie bowiem od daty dokonywania tej oceny, dotyczy ona zawsze stanu na dzień składania wniosków o odpuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zaś stanu ulegającego zmianie w toku postępowania. Jeśli więc na dzień składania wniosków wykonawca spełniał te warunki, to kwestionowana czynność Zamawiającego nie zaważy na jego sytuacji prawnej w tym postępowaniu. Jeśli natomiast tych warunków nie spełniał, a wprowadził Zamawiającego w błąd składając nieprawdziwe informacje – nie powinien brać udziału w postępowaniu i uzyskać zamówienia publicznego, niezależnie od tego, w którym jego momencie okoliczność ta została ujawniona. Brak jest zatem podstaw do odmawiania Zamawiającemu prawa do żądania dokumentu ze względu na zakwalifikowanie wykonawcy do drugiego etapu postępowania.

Fakt, że informacje wywołujące wątpliwości co do wiarygodności referencji dotarły do Zamawiającego po zaproszeniu do składania ofert, nie mogłyby uzasadniać jego bierności. Przeciwnie, Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek poddać te informacje ocenie, ponieważ od tej oceny zależy dalszy przebieg postępowania. Ewentualne złożenie przez Odwołującego się wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, byłoby wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy z tym Wykonawcą.

W sytuacji uzyskania informacji podważających wiarygodność przedstawionych referencji po zaproszeniu do składania ofert, Zamawiający miał do wyboru: prowadzenie postępowania w taki sposób, jakby tych informacji nie otrzymał albo unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert i wykluczenie wykonawcy, albo podjęcie działań w celu wyjaśnienia tych wątpliwości. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wybrał tę ostatnią możliwość, co zdaniem Izby jest prawidłowe. Bierność zamawiającego byłaby nieusprawiedliwiona, a podejmowanie decyzji o unieważnieniu czynności w celu wykluczenia wykonawcy mogło

okazać się przedwczesne. Wobec tego próbę wyjaśnienia wątpliwości należy uznać za właściwe działanie, a tezę, że nie miał do tego prawa – za nieuzasadnioną. Złożenie przez Odwołującego się oryginału dokumentu, może usunąć wątpliwości Zamawiającego i zapewnić o możliwości dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty lub doprowadzić do wniosku o konieczności dodatkowej weryfikacji lub dokonania innych czynności.

Zamawiający musi dysponować możliwością upewnienia się, że prowadzone przez niego postępowanie nie jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Zanim podejmie kolejne decyzje w postępowaniu ma obowiązek ustalić okoliczności, które mogą skutkować koniecznością unieważnienia dokonanych czynności czy też całego postępowania.

Należy zatem stwierdzić, że Zamawiający na każdym etapie postępowania, zwłaszcza w sytuacji zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości co do prawdziwości złożonych informacji, ma możliwość ich weryfikacji. Kwestionowana w przedmiotowym postępowaniu czynność Zamawiającego była właśnie narzędziem tej weryfikacji.

Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłyby do tego, że Zamawiający mając uzasadnione wątpliwości, a nawet pewność, że w postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje, bez względu na ujawnione okoliczności musiałby prowadzić postępowanie z udziałem wykonawcy, którego wątpliwości dotyczą, dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i zawrzeć umowę tylko dlatego, że zbyt późno pozyskał wiedzę o ich ewentualnej lub faktycznej nieprawdziwości. Interpretacja taka, w ocenie Izby, jest niedopuszczalna. Może się bowiem zdarzyć, że mimo rzetelnej analizy przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, okoliczności uzasadniające wątpliwości co do ich wiarygodności wyjdą na jaw po dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ujawnienie tych okoliczności i czas tego ujawnienia mogą być niezależne od podmiotu prowadzącego postępowanie. Zamawiający musi więc mieć możliwość wyjaśniania wątpliwości dotyczących przedstawionych przez wykonawcę informacji i dokumentów bez względu na zakończenie poszczególnych etapów postępowania. Ustalenie wiarygodności składanych w postępowaniu informacji jest wartością nadrzędną w stosunku do ścisłego przyporządkowania określonych czynności Zamawiającego do poszczególnych etapów procedury.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 7 ustawy Pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....