

WYROK

z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tractebel Engineering S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. GasOil Engineering a.s., adres dla pełnomocnika: ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie, al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa "Gazoprojekt" S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tractebel Engineering S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. GasOil Engineering a.s., adres dla pełnomocnika: ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tractebel Engineering S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. GasOil Engineering a.s., adres dla pełnomocnika: ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
- 1. Tractebel Engineering S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. GasOil Engineering a.s., adres dla pełnomocnika: ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice na rzecz Mazowieckiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie, al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 n i e

Zamawiający – Mazowiecka Spółka Gazownictwa Sp. z o. o., Oddział Zakład Gazowniczy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Rozwój gazyfikacji na terenie gmin Prażmów, Tarczyn, Góra Kalwaria i Żabia Wola – Etap I.

Pismem z dnia 28 września 2011 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty (w ramach wszystkich 5 zadań) wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., (lider konsorcjum) oraz JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o. o., (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera we Wrocławiu [dalej także „konsorcjum Gazoprojekt”]. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej także „Pzp”], wykluczył z przedmiotowego postępowania (również w ramach wszystkich 5 zadań) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tractebel Engineering S.A. (lider konsorcjum) oraz GasOil Engineering A.S. (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Katowicach [dalej także „konsorcjum GasOil”].

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 7 października 2011 r. odwołanie złożyło konsorcjum GasOil zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie uznając, iż sąd orzekł wobec odwołującego zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a to wykluczenie z postępowania odwołującego się, który spełnił warunki udziału w postępowaniu;
- 3) naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia złożonego przed notariuszem;
- 4) naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 181) poprzez uznanie, iż oświadczenia złożone w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp nie zostało złożone przed notariuszem;

- 5) naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących oświadczeń składanych przed notariuszem w Republice Słowackiej;
- 6) w konsekwencji naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art.7 Pzp oraz innych przepisów ustawy wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej a także unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w zakresie wszystkich 5 zadań objętych postępowaniem.

W uzasadnieniu wskazywał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego partnera konsorcjum GasOil Engineering a.s. z siedzibą w Republice Słowackiej, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, przedłożył zgodnie z dyspozycją § 4 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 181) oświadczenie złożone przed Notariuszem Republiki Słowackiej. Zamawiający jednak uznał, iż przedmiotowe oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem, gdyż zostało złożone dnia 18 sierpnia 2011 r., a notariusz jedynie poświadczył autentyczność podpisu dnia 5 września 2011 r. Odwołujący podnosił, iż przedstawiciele partnera Konsorcjum GasOil Engineering a.s. Marian Siska oraz Jacek Sztachanski złożyli swoje podpisy pod oświadczeniem i zrobili to przed notariuszem w dniu 5 września 2011 r. Wynika to wprost z treści dokumentu - Poświadczenie autentyczności podpisu. Odwołujący wskazywał, że w dokumencie tym notariusz wprost stwierdził: „ który własnoręcznie złożył w mojej obecności podpis”. Przedmiotowe poświadczenie znajduje się na odwrocie oświadczenia.

Wywodził również, iż data 18 sierpnia 2011 r., znajdująca się na oświadczeniu nie jest to data, w której złożono oświadczenie gdyż tą datą jest, jak stwierdza notariusz 5 września 2011r. Data 18 sierpnia 2011 r. potwierdza wyłącznie, iż na ten właśnie dzień wobec GasOil Engineering a.s partnera konsorcjum nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Odwołujący wskazywał również, że jeżeli zamawiający powziął wątpliwości co do treści oświadczenia winien był wezwać odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, czego nie uczynił, a przedwcześnie wykluczył odwołującego z postępowania.

Wskazywał również, że dla złożenia oświadczenia przed notariuszem nie jest wymagane zachowanie formy aktu notarialnego a czynność ma być jedynie dokonana przed notariuszem. Oznacza to także, iż może być dokonana w obecności notariusza, co niewątpliwie miało miejsce w niniejszej sprawie.

Odwołujący podnosił również, iż Zamawiający, błędnie przyjął, że osoby uprawnione do reprezentacji GasOil Engineering a.s., złożyły podpisy 18 sierpnia 2011r., gdyby tak było na poświadczeniu notariusz użyłby zwrotu „który własnoręcznie złożył w mojej obecności podpis” Nadto wskazywał, iż zgodnie z prawem Republiki Słowackiej, a wobec tego prawa zobowiązany był działać notariusz słowacki i tylko wobec tego prawa można oceniać jego czynności, (art. 58 ustawy Parlamentu Słowackiego nr 323/92 Zb. z 6 maja 1992r. o notariuszach i działalności notarialnej ze zm). legalizacją notariusz lub upoważniony przez niego pracownik poświadcza, że osoba, której podpis ma być poświadczony w jego obecności, podpisała dokument własnoręcznie lub podpis na dokumencie uznała przed nim za swój.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Mazowiecka Spółka Gazownictwa Sp. z o. o., Oddział Zakład Gazowniczy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego,, którego przedmiotem jest: opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Rozwój gazyfikacji na terenie gmin Prażmów, Tarczyn, Góra Kalwaria i Żabia Wola – Etap I.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2011 r., pod numerem 2011/S 132-220154.

Zgodnie z treścią pkt 4 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na pięć zadań. Ponadto zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu wymagał m.in. wykazania, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 Pzp. Zgodnie z pkt. 8.2 lit. f) SIWZ zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wymagał złożenia m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W pkt 8.7.4. SIWZ zamawiający określił, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 8.7.1 (w tym, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie) zastępuje je się dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zgodnie z pkt 8.8

dokumenty sporządzone w języku obcym, są składane wraz z tłumaczeniem na język polski potwierdzonym przez wykonawcę.

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 19 sierpnia 2011 r. swoje oferty na wszystkie 5 zadań złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., (lider konsorcjum) oraz JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o. o., (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera we Wrocławiu;
- 2) Tractebel Engineering S.A. (lider konsorcjum) oraz GasOil Engineering A.S. (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Katowicach.

Izba ustaliła również iż członek konsorcjum GasOil, wykonawca GasOil Engineering A.S. ma siedzibę w Słowacji.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2011 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał konsorcjum GasOil do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu m.in. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla GasOil Engineering a.s. W terminie wyznaczonym przez zamawiającego odwołujący złożył oświadczenie o treści „Ze względu na fakt, iż na terenie Słowacji, gdzie GasOil Engineering a.s., ma siedzibę nie wydaje się zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy PZP, oświadczam, że wobec firmy GasOil Engineering a.s., nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia.”. Oświadczenie to zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji zgodnie z wypisem z rejestru handlowego – Mariana Siska oraz Jacka Sztachańskiego. Na oświadczeniu widnieje również data 18.08.2011 Spišská Teplica. Na odwrocie zawarte zostało oświadczenie notariusza, w języku słowackim opatrzone datą 5 września 2011 r. Do złożonego dokumentu konsorcjum GasOil dołączyło tłumaczenie z języka słowackiego – Poświadczenia autentyczności podpisu Mariana Siska oraz Viery Matol'akova.

Pismem z dnia 8 września 2011 r. zamawiający ponownie działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał konsorcjum GasOil do uzupełnienia tłumaczenia poświadczenia autentyczności podpisu dla Prezesa Zarządu – Mariana Siski i Członka Zarządu – Jacka Sztachańskiego do oświadczenia wykonawcy GasOil Engineering a.s., o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

W odpowiedzi w dniu 9 września 2011 r., odwołujący złożył tłumaczenie poświadczenia autentyczności podpisu Mariana Siska oraz Jacka Sztachańskiego.

Pismem z dnia 28 września 2011 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty (w ramach wszystkich 5 zadań) wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Studiów i Projektów

Gazownictwa Gazoprojekt S.A., (lider konsorcjum) oraz JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o. o., (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera we Wrocławiu. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczył z przedmiotowego postępowania (również w ramach wszystkich 5 zadań) konsorcjum GasOil. W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający wskazał, iż sporządzone na odwrocie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z uwagi na przesłankę określoną w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, notarialne poświadczenia podpisów zostały dokonane w dniu 5 września 2011 r. i nie potwierdzały złożenia w/w oświadczenia przed notariuszem. Zamawiający wywodził, iż czynności te zostały dokonane w odstępie 17 dni po dacie otwarcia ofert. Ponadto w terminie wskazanym w pierwszym wezwaniu uzupełnienie było nieprawidłowe, bo przekazano tłumaczenie poświadczenia prawdziwości podpisu dotyczące Mariana Siski i Viery Matolakovej, zamiast Mariana Siski i Jacka Sztachańskiego.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 10 października 2011 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., (lider konsorcjum) oraz JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o. o., (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera we Wrocławiu. stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zgłoszonych zarzutów nie sposób podzielić stanowiska odwołującego. Bezspornym jest, iż odwołujący pierwotnie nie dołączył do oferty oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 9 Pzp dotyczącego członka

konsorcjum wykonawcy GasOil Engineering a.s.. W odpowiedzi na wezwanie złożył oświadczenie podpisane przez Prezesa Zarządu Mariana Siska oraz Jacka Sztachańskiego datowane na dzień 18 sierpnia 2011 r. które na odwrocie zawierało poświadczenia autentyczności podpisów oraz tłumaczenie z języka słowackiego poświadczenia autentyczności podpisów Marian Siska oraz Viery Matolakovej. W ocenie Izby takiego uzupełnienia nie sposób uznać za prawidłowe. Ze złożonych dokumentów musi niezbicie wynikać iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z dokumentów przedłożonych w wyniku uzupełnienia wniosku takiego nie sposób wywieść. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż z dokumentów tych nie wynika bezsprzecznie że oświadczenie zostało złożone przed notariuszem. W ocenie Izby data 18 sierpnia 2011 r. przy nazwie miejscowości, świadczy o tym że oświadczenie to zostało złożone właśnie w tej dacie w miejscowości Spišská Teplica a nie jak próbuje to wywodzić odwołujący, że data ta dotyczy spełniania przez konsorcjum GasOil warunków udziału w postępowaniu właśnie na ten dzień. W dalszej kolejności należy wskazać, iż samo uzupełnienie było nieprawidłowe. Bezsprzecznie składając dokument w języku obcym odwołujący zobowiązanych był dołączyć tłumaczenie tego dokumentu. Co prawda tłumaczenie takie zostało złożone jednakże dotyczyło zupełnie innego dokumentu. Już w tym momencie zamawiający wobec nie wykazania przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był do wykluczenia go z postępowania. Za nieuprawnione należy uznać działanie zamawiającego, który powtórnie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów które miałyby potwierdzać brak podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp tj. tłumaczenia złożonego dokumentu.

Nie sposób również podzielić stanowiska odwołującego, że podstawą wykluczenia było uznanie przez zamawiającego, że sąd orzekł wobec odwołującego zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Stanowisko takie nie znajduje żadnego uzasadnienia w dokumentacji postępowania. Brak też uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Bezsprzecznie w przedmiotowym postępowaniu zamawiający celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu żądał od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, uwzględniając przy tym dyspozycję § 4 ust. 3 w/w rozporządzenia. Wobec takich ustaleń brak również było podstaw do wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp

Mając na względzie powyższe, Izba uznała, że Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania jak też nie naruszył zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,
tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: