

WYROK
z dnia 30 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2010 r. przez konsorcjum firm: **CTL Logistics Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 49, DB Schenker Rail Polska S.A., 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Elektrownia Opole S.A., 46-021 Brzezie k. Opola**

przy udziale **PKP Cargo S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** oraz **Freightliner PL Sp. z o.o., 02-797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm: CTL Logistics Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 49, DB Schenker Rail Polska S.A., 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12 i nakazuje

- a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez konsorcjum firm: **CTL Logistics Sp. z o.o., 02-672**

Warszawa, ul. Domaniewska 49, DB Schenker Rail Polska S.A., 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12,

- b) zasądza od konsorcjum firm: **CTL Logistics Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 49, DB Schenker Rail Polska S.A., 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12** na rzecz **PGE Elektrownia Opole S.A., 46-021 Brzezie k. Opola** koszty w wysokości 548 zł 00 gr. (słownie: pięćset czterdzieści osiem złotych zero groszy) poniesione przez stronę w związku z opłatą skarbową od pełnomocnictw oraz dojazdem pełnomocników na posiedzenie Izby.

3. 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – PGE Elektrownia Opole S.A. w trybie przetargu ograniczonego na *transport węgla kamiennego poz. NHM 270119 i mączki wapiennej mielonej z kamienia wapiennego poz. NHN 251200 transportem kolejowym dla PGE Elektrowni Opole S.A.*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 7 lipca 2010 r., wykonawca konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. i DB Schenker Rail Polska S.A. (dalej zwani konsorcjum CTL) wniósł w dniu 17 grudnia 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 grudnia 2010 r. faksem. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności oceny spełnienia przez konsorcjum CTL warunków udziału w postępowaniu zakończonej wykluczeniem odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechania zaproszenia odwołującego do złożenia oferty. O czynności zamawiającego, odwołujący został poinformowany w dniu 9 grudnia 2010 r. Podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania, wskazaną przez zamawiającego w informacji przekazanej do odwołującego było nie złożenie właściwych dokumentów – zaświadczeń wydanych przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Niemczech dla dwóch osób wchodzących w skład zarządu spółki DB Schenker Rail Polska S.A. Konsorcjum CTL w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, przedłożyła oświadczenia sporządzone w formie aktów notarialnych o niekaralności złożone przed notariuszem polskim, co naruszało wymagania określone w § 2.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ponieważ w Niemczech są wydawane stosowne zaświadczenia o niekaralności przez Federalny Urząd Sprawiedliwości, a osoby, których dotyczyły oświadczenia złożone przed notariuszem posiadają miejsce zamieszkania na terenie Niemiec, jedynie zaświadczenia właściwego organu obejmujące zakres określony w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, byłyby właściwe dla potwierdzenia spełnienia warunków o, o których mowa w przepisie.

Wobec takiej oceny dokumentów, konsorcjum CTL wniosło odwołanie, w którym zarzuciło zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 4-8, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 1 i 3 oraz art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy, a także § 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez uznanie, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie posiada wymaganych dokumentów, wykluczenie konsorcjum z postępowania z uwagi na brak dokumentów, które nie były określone w treści ogłoszenia, naruszenie art. 25 k.c. w zw. z art. 14 ustawy poprzez

3

uznanie, że członkowie zarządu nie mają miejsca zamieszkania na terenie RP, art. 51 ustawy poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego do złożenia oferty, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezgodne z przepisami wykluczenie odwołującego z postępowania, naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący z ostrożności procesowej zarzucił zamawiającemu naruszenie również art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie miejsca zamieszkania osób. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, ewentualnie wezwanie do złożenia wyjaśnień, powtórzenie czynności oceny wniosku, a w konsekwencji dopuszczenie odwołującego do udziału w postępowaniu oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wprowadził w stosunku do członków organu wykonawcy mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, wymogu przedłożenia zaświadczeń właściwego organu sądowego lub

Dołączenie zaświadczeń wydanych przez sądowy lub administracyjny organ administracyjny dotyczyło tylko i wyłącznie wykonawców mających miejsce zamieszkania oraz siedzibę poza terytorium RP. Tymczasem wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mają siedzibę na terenie Polski, a zatem wystarczającym dowodem spełnienia warunków udziału w postępowaniu było przedłożenie zaświadczeń z KRK. W ocenie odwołującego, na zamawiającym spoczywał obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, jakie wykonawcy mieli złożyć, a nie oczekiwanie, iż wykonawcy wyinterpretują katalog żądanych dokumentów z treści rozporządzenia. Zdaniem odwołującego, zamawiający miał wiedzę, że osoby – członkowie zarządu Nikutta Sigrid

Ewelyn i Schreyera Christian w dniu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i wcześniej, zamieszkiwali na terytorium RP. Mógł również zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Odwołujący wskazał, że na skutek podjęcia przez grupę DB decyzji w przedmiocie powołania ww. osób do Zarządu w spółce grupy na terenie RP ich aktywność życiowa została skoncentrowana na Śląsku, gdzie znajduje się siedziba DB Schenker Rail Polska S.A., na co wskazują miejsca zamieszkania wynikające z umów najmu. W konsekwencji, w odniesieniu do tych osób wystarczającym dokumentem wykazującym ich niekaralność jest zaświadczenie o niekaralności z KRK, załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z uwagi na intensywność oraz charakter obowiązków służbowych, centrum aktywności życiowej ww. osób przeniosło się w sierpniu 2010 r. z Niemiec do Polski. Mając na uwadze orzecznictwo sądowe przywołane w treści odwołania, konsorcjum CTL doszło do wniosku, iż na skutek powołania ww. osób na stanowisko członka zarządu zmieniły one dotychczasowe miejsce

4

zamieszkania co najmniej na okres pełnienia przedmiotowej funkcji w spółce grupy DB Schenker.

W dniu 23 grudnia 2010 r. do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: PKP Cargo S.A. po stronie zamawiającego oraz Freightliner PL Sp. z o.o. po stronie zamawiającego.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Zgłaszane na posiedzeniu wnioski o nierozpoznawanie części zarzutów, jako spóźnionych (naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy) lub przedwczesnych (naruszenie art. 51 ustawy), nie stały na przeszkodzie do merytorycznego rozpoznania odwołania w pozostałym zakresie. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie poprzedzającym skierowanie zaproszenia do składania ofert, wykonawca wykluczony z dalszego udziału w postępowaniu ponosi szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty i jego udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, okoliczności faktyczne, jakie udało się ustalić w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, potwierdzały słuszność decyzji zamawiającego, który uznał, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Spornym pomiędzy stronami było ustalenie, czy

5

wykonawca był zobowiązany przedłożyć w stosunku do Członków Zarządu spółki DB Schenker Rail Polska S.A., będących obywatelami Niemiec, zaświadczenia wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości z Niemiec dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy. Izba uznała, iż zgłaszane zarzuty względem zapisów ogłoszenia o zamówieniu, jako spóźnione nie mogły być przedmiotem

rozpoznania. Odwołujący mógł wnieść odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli ta jego zdaniem nie była wystarczająca do właściwego przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Należy jedynie zauważyć, iż wykonawca był świadomy zakresu żądanych przez zamawiającego dokumentów – zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wynikających z treści rozporządzenia w sprawie dokumentów, na które zamawiający wprost wskazał w piśmie z dnia 14.09.2010 r. wzywającym do ich uzupełnienia. Przepisy rozporządzenia znajdują zastosowanie niezależnie od woli i wiedzy uczestników postępowania, jak i zamawiającego, podobnie jak przepisy innych powszechnie obowiązujących źródeł prawa, w szczególności te postanowienia, które stanowią rozwinięcie, czy też wyjaśnienie sytuacji podmiotów zagranicznych, jak i członków zarządu mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP. W tych okolicznościach Izba poprzestała na ustaleniu, czy w przypadku dwóch członków zarządu konsorcjanta, zachodziła okoliczność wskazana w § 2 ust. 2 rozporządzenia 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). Odwołujący wywodził, iż w stosunku do dwóch Członków Zarządu, tj. Nikutta Sigrid Evelyn oraz Schreyer Christian, obywateli Niemiec, mających miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, właściwymi dokumentami, jakie wykonawca był zobowiązany złożyć w zakresie wynikającym z art. 24 ust. 1 pkt 4-8, były informacje z Krajowego Rejestru Karnego. Przy założeniu, iż Członkowie Zarządu spółki mającej siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, mają zamieszkanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stanowisko odwołującego zasługiwałoby w pełni na akceptację. Jednak zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, tak w samym wniosku, jak i w dokumentach złożonych zamawiającemu na jego wezwanie, iż Członkowie Zarządu, będący obywatelami Niemiec, w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mieli miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wprost przeciwnie, zamawiający był uprawniony przyjąć na podstawie informacji zawartych we wniosku (zaświadczenia z KRK), jak i w dokumentach uzupełnionych w dniu 21 września 2010 r. (oświadczenia złożone przed notariuszem), iż obaj Członkowie Zarządu mieli miejsce zamieszkania na terytorium Niemiec. Zarówno w informacjach z KRK (str. 65 i 67 wniosku), jak i oświadczeniach złożonych przez te osoby przed notariuszem, wskazane zostały

identyczne adresy zamieszkania w Niemczech. Załączone do odwołania kopie umów najmu lokali nie pozwalały na przyjęcie przez Izbę, iż miejsca zamieszkania osób, w rozumieniu przepisu art. 25 k.c., znajdowały się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Nie wynikało z ich treści, iż lokale w nich wskazane były wynajmowane przez Członków Zarządu spółki, która je zawarła. Możliwe było jedynie przyjęcie, iż z mieszkań tych korzystali pracownicy spółki, w tym między innymi wspomniani Członkowie Zarządu. Jednak ustalenie tej okoliczności możliwe było jedynie na podstawie oświadczeń zainteresowanych osób, złożonych już po wykluczeniu wykonawcy z postępowania, które zaprzeczały ich oświadczeniom zawartym w treści wniosków o wydanie informacji z KRK, jak również złożonych przed notariuszem. Izba nie uznała za wystarczający dla potwierdzenia okoliczności dowodzonej przez odwołującego, dokument – zaświadczenie wydane przez Kierownika Oddziału Zabrzeńskiego Gościńca, będącego własnością konsorcjanta. Niezależnie od oceny tych dokumentów dokonanej przez Izbę, ich treść nie była znana zamawiającemu przy ponownej ocenie wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a dokumenty te zostały złożone przez odwołującego dopiero w odwołaniu od decyzji zamawiającego. Zamawiający był zobowiązany ocenić, czy dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie informacji w nich zawartych, które wskazywały na miejsce zamieszkania w Niemczech. Obowiązkiem wykonawcy, szczególnie po wezwaniu go przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, było dochowanie należytej staranności, gdyż na podstawie tych dokumentów, zamawiający musi dokonać oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Skoro zamawiający w wezwaniu, w sposób szczegółowy wyjaśnił wykonawcy, dlaczego żąda uzupełnienia dokumentów dotyczących Członków Zarządu, odwołujący już wówczas powinien przedstawić zamawiającemu swoje stanowisko w sprawie, co umożliwiłoby zamawiającemu dokonanie pełnej oceny stanu faktycznego sprawy. Niezależnie od

powyższego braku staranności wykonawcy, zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wniosku odwołującego.

Izba nie znalazła uzasadnienia dla zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust.4 ustawy, który nie miał znaczenia dla ustalenia zasadności decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień do treści dokumentów, które nie budziły żadnych wątpliwości. Fakt, iż odwołujący wskazywał w trakcie wcześniejszego postępowania odwoławczego na okoliczności dotyczące miejsca zamieszkania Członków Zarządu na terytorium RP, zakończonych wydaniem wyroku w sprawach połączonych z dnia 24 listopada 2010 r. (KIO/2462/10 i KIO/2475/10), pozostawał bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby, która nie rozpoznała zarzutów w tym zakresie. Skoro zamawiający, na skutek powtórnej oceny wniosku odwołującego, dopatrzył się nowych okoliczności

7

stanowiących podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, mógł i był zobowiązany uwzględnić je w trakcie ponownej czynności, do dokonania której został zobowiązany wyrokiem Izby z 24 listopada 2010 r.

Podsumowując, Izba uznała, iż zamawiający słusznie wykluczył z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przyjmując, iż nie złożył on wymaganych i właściwych dokumentów, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

W oparciu o powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis oraz koszty poniesione przez zamawiającego w związku z opłatą skarbową od złożonych przez Izbą pełnomocnictw oraz dojazdem pełnomocników na posiedzenie. Ponieważ zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku obejmującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika, Izba nie uwzględniła wniosku o ich zasądzenie, zgodnie z § 3 ppkt 2 rozporządzenia. Zamawiający przedłożył jedynie zestawienie całości poniesionych kosztów, co w ocenie składu orzekającego nie może być uznane za rachunek, o którym mowa w rozporządzeniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

8