

WYROK
z dnia 22 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Radko Sp. z o.o. (pełnomocnik - adres pełnomocnika: 32-641 Przeciszów, ul. Krakowska 16), Punj Lloyd Ltd. (17-18 Nehru Place, New Delhi, 110019 Indie) oraz Przedsiębiorstwo Projektowo-Wykonawcze DROMOS Z Zakrzewski, S. Maj Sp. j. (90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. śelazna 59** protestu z dnia 6 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny warunków udziału w postępowaniu na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. śelazna 59
i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Radko Sp. z o.o. (pełnomocnik - adres pełnomocnika: 32-641 Przeciszów, ul. Krakowska 16), Punj Lloyd Ltd. (17-18 Nehru Place, New Delhi, 110019 Indie) oraz Przedsiębiorstwo Projektowo-Wykonawcze DROMOS Z Zakrzewski, S. Maj Sp. j. (90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26);**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. śelazna 59** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Radko Sp. z o.o. (pełnomocnik - adres pełnomocnika: 32-641 Przeciszów, ul. Krakowska 16), Punj Lloyd Ltd. (17-18 Nehru Place, New Delhi, 110019 Indie) oraz Przedsiębiorstwo Projektowo-Wykonawcze DROMOS Z Zakrzewski, S. Maj Sp. j. (90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26)** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wniesionego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Radko Sp. z o.o. (pełnomocnik - adres pełnomocnika: 32-641 Przeciszów, ul. Krakowska 16), Punj Lloyd Ltd. (17-18 Nehru Place, New Delhi, 110019 Indie) oraz Przedsiębiorstwo**

Uzasadnienie

I. Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "Budowa

autostrady A1 Toruń-Stryków, na odcinku od węzła "Kowal" do węzła "Sójki" od km 215+850 do km 245+800". Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Radko Sp. z o.o. (pełnomocnik), Punj Lloyd Ltd. oraz Przedsiębiorstwo Projektowo-Wykonawcze DROMOS Z Zakrzewski, S. Maj, Sp. j. wniósł protest na czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że konsorcjum nie złożyło dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) § 2 ust. 3 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 ze zm.; dalej: Rozporządzenie), poprzez przyjęcie, że celem wykazania przez Punj Lloyd Ltd.- Partnera konsorcjum, iż nie zalega z uiszczaniem podatków albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, koniecznym było oprócz przedłożenia stosownego dokumentu wystawionego przez Urząd Zastępcy Komisarza ds. Podatku Dochodowego w New Delhi, Indie, również oświadczenia wymienionego w § 2 ust. 3 Rozporządzenia,
- 4) art. 51 ust. 1 w zw. z ust. 1a Prawa zamówień publicznych poprzez uniemożliwienie odwołującemu złożenia oferty.

Uzasadniając zarzuty, Odwołujący wskazał, że załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument wydany w dniu 23.04.2009 r. przez Urząd Zastępcy Komisarza ds. Podatku Dochodowego w New Delhi, Indie poświadczający, że wykonawca Punj Lloyd Ltd. opłaciła wszystkie podatki wynikłe z ustawy o podatku dochodowym. W dniu 15 października 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do „złożenia aktualnego z punktu widzenia polskich przepisów oświadczenia potwierdzającego, iż wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu". W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący poinformował, że zaświadczenie załączone do wniosku wystawione z datą 23.04.2009 r. jest ważne do dnia 31.03.2010 r. Zgodnie z przepisami prawa indyjskiego, zaświadczenie takie jest wydawane raz w roku, co wyklucza możliwość przedłożenia aktualniejszej, niż przedstawiona, wersji zaświadczenia

uprawnionego organu. Skoro uzyskanie zaświadczenia jest możliwe tylko raz w roku, to wykonawca nie ma podstawy prawnej do wyegzekwowania takiego zaświadczenia od odpowiedniego Urzędu indyjskiego. Urząd podatkowy nie wystawi także oświadczenia, z którego wynikałoby, że wydaje ww. zaświadczenie raz w roku (tj. jest ważne rok). Zdaniem Odwołującego, przedłożony dokument zachował ważność, pomimo upływu terminu wynikającego z Rozporządzenia, tj. pomimo upływu 3 miesięcy przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający protest oddalił, wskazując, że przepisy Rozporządzenia jednoznacznie określają wymóg co do 3-miesięcznego terminu ważności dokumentu, liczony wstecz od dnia upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wymóg ten dotyczy dokumentów o niezaleganiu z podatkami złożonych przez wykonawcę, którego siedziba znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a więc w konsekwencji, przedłożony przez Odwołującego dokument nie spełnia przesłanki

w zakresie jego aktualności, tj. zachowania 3-miesięcznego terminu, jest wobec tego dotknięty wadą formalną i tym samym nie może być uznany przez zamawiającego za zgodny z przepisami rozporządzenia. Z tych też względów wykonawca winien złożyć oświadczenie o nie zaleganiu z uiszczeniem podatku.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego, Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny wniosku Odwołującego oraz akceptację wniosku,
- 3) uwzględnienie Odwołującego wśród wykonawców zapraszanych o składania ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji powtórnego badania wniosków złożonych w postępowaniu, które nastąpiłoby wskutek uwzględnienia odwołania, może nastąpić dopuszczenie Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, a zatem miałby on szansę na uzyskanie zamówienia w przyszłości.

Izba w zakresie podnoszonych zarzutów ustaliła, co następuje:

-
1. Odwołujący załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument wydany w dniu 23.04.2009 r. przez Urząd Zastępcy Komisarza ds. Podatku Dochodowego w New Delhi, Indie poświadczający, że wykonawca Punj Lloyd Ltd. opłaciła wszystkie podatki wynikłe z ustawy o podatku dochodowym.
 2. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, stwierdzając, że powyższe zaświadczenie nie jest aktualne w świetle polskiego prawa. Jednocześnie Zamawiający nie kwestionował, że w świetle prawa indyjskiego może być ono ważne do 31.03.2010 r.

Skład orzekający musiał rozstrzygnąć, czy ważny i aktualny według prawa obcego dokument poświadczający fakt niezalegania określonego podmiotu z podatkami należy, zgodnie polskimi przepisami, zastąpić oświadczeniem złożonym przed notariuszem, poświadczającym te same okoliczności.

Po analizie przepisów Rozporządzenia, Izba stanęła na stanowisku, że odpowiedź na powyższe pytanie jest negatywna.

Zgodnie z § 1 ust. 1 Rozporządzenia, Zamawiający żąda na potwierdzenie określonych okoliczności szeregu dokumentów przewidzianych przez polskie prawo – według § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia, Zamawiający żąda „aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”. W § 2 ust. 1 Rozporządzenia z kolei przewidziano dla dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 odpowiedniki w dokumentach prawa obcego: dla dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt. 3 Rozporządzenia, jest to „dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym [wykonawca] ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu” (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. b Rozporządzenia).

W § 2 ust. 2 Rozporządzenia ustalono domniemanie terminu ważności dokumentów obcego pochodzenia w sposób analogiczny, jak dla dokumentów prawa polskiego – dokument poświadczający niezaleganie z podatkami, tj. dokument, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, „powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert” (§ 2 ust. 2 zd. drugie Rozporządzenia)

Natomiast zgodnie z § 2 ust. 3 Rozporządzenia, jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Do oświadczeń zastępujących dokument urzędowy, stosuje się odpowiednio przepis ust. 2 o terminach aktualności dokumentów.

Skład orzekający, analizując powyższe przepisy, wyciągnął następujące wnioski:

1. Zamawiającemu nie wolno od podmiotów zagranicznych żądać – obok dokumentu lub dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. b) Rozporządzenia, tj. że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne - jednocześnie dokumentu, zawierającego oświadczenie złożone przed odpowiednim organem. Przepis § 2 ust. 3 zd. pierwsze Rozporządzenia wyraźnie bowiem statuuje zasadę priorytetu dokumentów urzędowych przed oświadczeniem własnym wykonawcy: dopiero wówczas, gdy dokumenty urzędowe nie są wydawane, „zastępuje się je” oświadczeniami wykonawcy.
2. Zamawiającemu wolno żądać od podmiotów zagranicznych dokumentu, zawierającego oświadczenia złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. b) Rozporządzenia tj. dokumentów poświadczających, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, niezależnie od tego, kiedy ten dokument został wystawiony, co wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, tj. braku wskazania w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. b) jakiegokolwiek terminu, w jakim wystawiany dokument zachowuje ważność; przepis § 2 ust. 2 Rozporządzenia stosuje się w takim przypadku odpowiednio do terminu, w którym winien być wydany dokument zawierający oświadczenia złożone przed wskazanym podmiotem, np. notariuszem.
3. Brak wskazania w treści rozporządzenia terminu ważności dokumentu wystawianego przez odpowiedni organ oznacza, w braku odmiennej regulacji, że ważność takiego dokumentu winna być respektowana, zgodnie z przepisami obowiązującymi w kraju wystawcy dokumentu. Za taką interpretacją przemawia także fakt niedopuszczenia przepisami rozporządzenia możliwości zamiennego składania dokumentu pochodzącego

od uprawnionego organu lub oświadczenia wykonawcy – zatem należy uznać, że ustawodawca przyjął, iż oświadczenie własne wykonawcy jest najmniej pożądanym dokumentem z punktu widzenia weryfikacji warunków udziału w postępowanie w rozpatrywanym zakresie.

4. Gdyby ustawodawca przewidział zastąpienie dokumentów urzędowych oświadczeniami własnymi wykonawcy w związku z zaistnieniem dwóch przesłanek:
 - 1) brakiem wystawiania odpowiedników dokumentów prawa polskiego w kraju, w którym siedzibę ma wykonawca, tj. dokumentów o których mowa w § 2 ust. 1 Rozporządzenia, czyli w związku z faktyczną niemożliwością ich uzyskania oraz
 - 2) upływem terminów trzy i sześciomiesięcznych, o których mowa w § 2 ust. 2 Rozporządzenia, czyli w związku z formalnym brakiem dokumentów wywołanym nieaktualnością w świetle prawa polskiego -

to obie te przesłanki zostałyby wymienione w § 2 ust. 3 Rozporządzenia jako przyczyna zastąpienia dokumentów oświadczeniami (przepis § 2 ust. 3 zd. pierwsze Rozporządzenia powinien wówczas brzmieć: „Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 *albo dokumenty nie zostały wydane w terminach, o których mowa w ust. 2 (...)*”).

Stanowisko analogiczne, jak przedstawione powyżej, zaprezentowała już Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 330/09 z dnia 31 marca 2009 r.

W konsekwencji, skład orzekający stwierdził, iż jeżeli dokumenty prawa obcego są wydawane, i są aktualne według prawa obcego, Zamawiający nie ma prawa zastąpić ich oświadczeniem wykonawcy, a zatem dokument załączony przez Odwołującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu był wystarczający do stwierdzenia, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takim wypadku nie ma znaczenia, że termin wydania dokumentu (ważnego – według prawa obcego - rok od daty jego wydawania) był wcześniejszy, niż trzy miesiące przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Norma odnosząca się do terminów ważności (domniemanie aktualności dokumentów dla potrzeb oceny przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu), określona w § 2 ust. 2 Rozporządzenia, ma znaczenie tylko wówczas, gdy z dokumentu prawa obcego nie wynika inny termin ich ważności.

W postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, spór nie dotyczył ważności dokumentu według prawa obcego – Strony były zgodne, że dokument wydany w New Delhi o niezaleganiu z podatkami obowiązuje jeden rok od daty jego wystawienia. Skoro dokument jest wydany, i jest ważny i aktualny – trudno oczekiwać, że wykonawca złoży oświadczenie

przed odpowiednim organem, które miałyby jeszcze raz potwierdzać te same okoliczności - byłoby to sprzeczne z zasadą *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, i nie można zaakceptować poglądu, że intencją ustawodawcy było, aby takie oświadczenie – potwierdzające stan wynikający z ważnego urzędowego dokumentu - przedkładać ponad ważny dokument urzędowy.

Przedstawiona powyżej interpretacja przepisów nie narusza w ocenie składu orzekającego zasady równości wykonawców, przeciwnie - traktuje w jednakowy sposób ważność dokumentów zagranicznych, zgodny z prawem kraju ich wystawienia, niezależnie od kraju, w którym zostały wydane.

Izba nie odnosiła się do kwestii, czy wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów było prawidłowo sformułowane, bowiem w świetle powyższych ustaleń nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Reasumując, Izba stwierdziła naruszenie przepisów wskazanych przez Odwołującego i orzeczono jak w sentencji, nakazując powtórzenie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów załączonych do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wniosku Odwołującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego do wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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:

.....

.....