

WYROK
z dnia 26 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 26 września 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia – Kujawsko-Pomorski Oddział Wojewódzki w Bydgoszczy, 85-071 Bydgoszcz, Aleje Mickiewicza 15** protestu /protestów * z dnia 21 sierpnia 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Telekomunikacji Polskiej S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18.**

Uzasadnienie

Odwołujący - Telekomunikacja Polska S.A. z/s w Warszawie, po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na modernizację infrastruktury teleinformatycznej K-P OW, zarzucił w proteście z dnia 21 sierpnia 2008 r., a następnie, w wyniku oddalenia protestu przez Zamawiającego – Narodowy Fundusz Zdrowia, Kujawsko – Pomorski Oddział Wojewódzki w Bydgoszczy, naruszenie, w odwołaniu wniesionym dnia 5 września 2008 r., naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez określenie innych dokumentów, niż dokumentów określonych w rozporządzeniu 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). Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów został pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, co dowodzi naruszenia Jego interesu prawnego stanowiącego przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wskazał, że w powołanym wyżej rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy określono zamknięty katalog dokumentów, co oznacza, że żądanie innych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu narusza przepisy ustawy.

Tymczasem, jak zauważa Odwołujący, Zamawiający żąda w rozdziale 6 pkt 5 SIWZ m. in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) albo równoważnego

2

zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy, wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący wskazał, że na gruncie ustawy wymagane jest przedłożenie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy, zatem niczym nieuzasadnione jest żądanie równoważnego do informacji z KRK zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby.

Odwołujący wskazuje, że w omawianym zakresie Zamawiający w istocie powołał się na nie obowiązujące rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645). Na gruncie tego rozporządzenia, bez względu na siedzibę, wykonawca zobowiązany był do przedstawienia aktualnej informacji KRK albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy. Powyższy obowiązek odpadł wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 2006 roku o zmianie ustawy Pzp, a zatem wykonawca mający siedzibę na terytorium RP zobowiązany jest do złożenia aktualnej informacji z KRK w omawianym zakresie, bez względu na kraj pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokumenty te dotyczą. Jednakże wykonawca mający siedzibę poza terytorium RP zobowiązany jest do złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy.

Odwołujący wskazuje, że poprzez powyższe żądanie Zamawiający wykracza poza katalog dokumentów określonych w obowiązującym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie ustosunkował się do żądania złożenia wraz z ofertą dokumentu równoważnego do aktualnej informacji z KRK.

Podzielając stanowisko Zamawiającego o niedopuszczalności żądania zaświadczenia równoważnego do zaświadczenia z KRK w przypadku, gdy członkiem zarządu wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP jest obcokrajowiec, Odwołujący wskazuje, że zaświadczenie z KRK albo równoważne wydawane jest w zależności od siedziby wykonawcy, nie zaś kraju pochodzenia zarządu. Tym samym Odwołujący podkreślił, że kraj siedziby wykonawcy determinuje konieczność składania właściwych dokumentów, nie zaś kraj pochodzenia osoby, której dokumenty dotyczą. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że rozstrzygnięcie protestu jest niejednoznaczne. Jak wynika z jego treści Zamawiający myli pojęcie „wykonawcy” i „członka zarządu wykonawcy”. Odwołujący stwierdził, że wprawdzie

3

w specyfikacji Zamawiający nie powołał nie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004r., lecz w istocie treść specyfikacji w pkt 6.5. jest identyczna z treścią § 1 ust 1 pkt 4 tego rozporządzenia. Na poparcie swego stanowiska Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 938/08 z 19 września 2008 r., zapadłego w takim samym stanie faktycznym. Odwołujący stwierdził ponadto, że użycie w specyfikacji słowa „równoważny”, oznacza niezgodność tego zapisu z przepisem obowiązującego rozporządzenia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji, a gdyby taka modyfikacja nie była możliwa – unieważnienie postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że zarzuty są bezzasadne. Po ponownym przeanalizowaniu zapisów SIWZ Zamawiający uznał, że nie naruszają one fundamentalnych zasad zamówień publicznych: uczciwej konkurencji oraz równego traktowania potencjalnych wykonawców. „Mając na uwadze dbałość o prawidłowe przeprowadzenie przedmiotowego postępowania Zamawiający podążył za argumentacją”

Odwołującego i stwierdził, że żądany dokument jest zawarty w katalogu dokumentów wymienionych w obowiązującym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający wskazał, iż w zarzutach Wykonawca pominął istotną dla znaczenia całości frazę, że dokument równoważny żądany jest tylko od osób, których dokument dotyczy, tj. od wykonawcy, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający stwierdził, że treść pkt 6.5. specyfikacji nie jest tożsama z treścią przepisu rozporządzenia wskazanego przez Odwołującego; przedmiotowy wymóg specyfikacji jest zgodny z aktualnie obowiązującym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów (...). Zamawiający wyjaśnił również, że użyty w specyfikacji wyraz „równoważny” pełni taką samą funkcję, jak w rozporządzeniu wyraz „zamiast”. Wskazał, że zapis specyfikacji określa alternatywę przy opisywaniu wymaganych dokumentów poprzez użycie spójnika „albo”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, przeanalizowaniu treści podniesionego zarzutu w kontekście treści postanowień SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa stwierdził, co następuje. Niewątpliwie poza sporem jest treść przepisu § 1 ust. 1 pkt 4 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), stanowiącego, w zakresie będącym przedmiotem rozpatrywania, iż w celu

4

potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp – zamawiający może żądać „aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy,” w określonym terminie.

Istotny w rozpatrywanej sprawie jest również przepis § 2 ust 1 pkt 2 przywołanego rozporządzenia, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast dokumentu wskazanego w zdaniu poprzednim, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.”

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający w pkt 6.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał dostarczenia przez wykonawców dokumentów zawierających „aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert – będące podstawą spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.” Powołany tu pkt 5.1. SIWZ stanowi, iż o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 oraz spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby w świetle powyższych ustaleń stwierdził, że istotnie Zamawiający określając wymóg udokumentowania okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy nie zamieścił w specyfikacji treści tożsamej z cytowanym przepisem rozporządzenia, gdyż po wskazaniu wymogu złożenia aktualnej informacji z KRK użył spójnika „albo” z zapisem o równoważnym zaświadczeniu właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą.

Zastosowana alternatywa oznaczająca w logice formalnej prawdziwość zdań składowych połączonych spójnikiem „albo”, jest w ocenie Izby poprawna i oznacza, że każdy rodzaj wymienionego dokumentu wystarczająco potwierdza warunek udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, że w powołanej treści pkt 6.5 SIWZ nie ujęto żadnych wskazań dotyczących siedziby wykonawcy, w tym zwłaszcza takich, które pozostawałyby w sprzeczności z treścią wyżej wymienionego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, a co było podnoszone w argumentacji przez Odwołującego. Jednocześnie Izba wskazuje, że uczestników postępowania obowiązują przepisy rozporządzenia, w tym istotne w okolicznościach rozpoznawanej sprawy postanowienia, według których rodzaj dokumentu jest determinowany siedzibą wykonawcy, co wynika z przepisu § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia dotyczącego wykonawców spoza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

stanowiącego w istocie alternatywę rozłączną (dysjunkcję) w stosunku do regulacji zawartej w § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia.

Uwzględniając zatem powyższe postanowienia SIWZ oraz treść przywołanego rozporządzenia Zamawiający, dokonując oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu będzie oceniał przedłożone dokumenty potwierdzające brak karalności w zależności od siedziby wykonawcy. Jeśli więc wykonawca będzie miał siedzibę na terytorium RP będzie musiał przedłożyć w swojej ofercie KRK dla osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy (§ 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia), jeśli zaś będzie miał siedzibę poza terytorium RP wówczas złoży zamiast KRK lub – jak Zamawiający to w sposób tożsamy określił – równoważny dokument zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą (§ 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia). Ujęcie techniczne tych dwóch postanowień rozporządzenia (dotyczących podmiotów mających siedzibę w RP jak i poza RP) w jednym punkcie SIWZ, choć może nienajszczęśliwsze, nie powoduje niezgodności merytorycznej pomiędzy SIWZ, a treścią obowiązującego rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Tym samym Izba nie stwierdziła sprzeczności kwestionowanej przez Odwołującego treści pkt 6.5 specyfikacji z powołanym rozporządzeniem.

W toku analizy dokumentacji sprawy Izba ustaliła, że w pkt 6.16 SIWZ Zamawiający zamieścił odrębnie postanowienia dotyczące wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, które jednak nie regulują całościowo kwestii będącej przedmiotem rozpoznania. W punkcie tym Zamawiający określił wyłącznie kwestię formalną wynikającą z treści § 2 ust. 3 rozporządzenia, że w przypadku braku takich dokumentów mających zastosowanie do podmiotów zagranicznych zastępuje się je odpowiednim oświadczeniem złożonym przed notariuszem. W punkcie tym Zamawiający wskazał wprost, że chodzi o wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, co dodatkowo potwierdza, że w pkt 6.5 w zakresie alternatywnego żądania innego dokumentu niż KRK chodzi o wykonawców mających siedzibę poza terytorium RP, a nie miejsce zamieszkania osoby, której te dokumenty dotyczą. Powyższa uwaga, jako odnosząca się do struktury tekstu specyfikacji nie ma zatem wpływu na walor merytoryczny rozstrzygnięcia Izby.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. Z powyższych względów Izba nie znalazła również podstaw do unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawo Zamówień Publicznych.

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 /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*