

WYROK
z dnia 29 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Członkowie: Ewa Rzońca
Ewa Sikorska

Przy udziale Protokolanta: Mateusza Michalca

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Autostrada Wschodnia Sp. Z o.o., Mapa Insaat Ve Ticaret Anonim Sirketi, 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, 60-763 Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a** protestu z dnia 25 lutego 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Autostrada Wschodnia Sp. Z o.o., Mapa Insaat Ve Ticaret Anonim Sirketi, 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Autostrada Wschodnia Sp. Z o.o., Mapa Insaat Ve Ticaret Anonim Sirketi, 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8,**

2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Autostrada Wschodnia Sp. Z o.o., Mapa Insaat Ve Ticaret Anonim Sirketi, 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8** na rzecz **Generalna**

1

Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, 60-763 Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO,

3) 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: Autostrada Wschodnia Sp. Z o.o., Mapa Insaat Ve Ticaret Anonim Sirketi, 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8.**

UZASADNIENIE

Zamawiający- Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa obwodnicy Ostrowa Wlkp. w ciągu drogi Sil (II etap), dł. 13,8 km”.

W dniu 15 lutego 2010 r. Odwołujący - Konsorcjum firm: Autostrada Wschodnia Spółka z o.o., ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, MAPA INSAAT VE TICARET ANONIM SIRKETI, Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya Ankara, Turcja powziął wiadomość o okolicznościach do wniesienia stanowiących podstawę środka ochrony prawnej z treścią pisma zapoznanie się poprzez zamawiającego (l.dz. GDDKiA O/PO-R-2-mk-l48/09) otrzymanego w dniu 15 lutego 2010 r., zawiadamiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na powyższe zaniechanie czynności i innych czynności Zamawiającego w dniu 25 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest.

Powyższy protest został wniesiony wobec zaniechania czynności, do których zamawiający był obowiązany na podstawie Ustawy Pzp, oraz czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na zaniechaniu wezwania konsorcjum: Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 654 Mengzi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa (dalej: SUCG), Trawos Sp. zo.o., ul. M.Skłodowskiej-Curie 177, 59-300 Lublin (dalej: Trawos), Energopol-Południe S.A. ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec (dalej : Energopol) zwanego dalej Konsorcjum SUCG, do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku braku prawidłowego wykonania tej czynności przez Wykonawcę -wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

2

Czynnościom oraz zaniechaniu czynności zamawiającego Odwołujący zarzucił :

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku ich nie uzupełnienia lub złożenia dokumentów, które w dalszym ciągu nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykluczenia z postępowania Konsorcjum SUCG;
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 51 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i nie zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.
- 3) naruszenie innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w uzasadnieniu protestu lub wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący w ramach protest wnosił o uwzględnienie protestu oraz o doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Ustawy Pzp poprzez:

- 1) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) wezwanie Konsorcjum SUCG do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - a w przypadku ich nie uzupełnienia lub złożenia dokumentów, które w dalszym ciągu nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykluczenia konsorcjum SUCG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy.
- 3) zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że otrzymał w dniu 15 lutego 2010 r. informację od Zamawiającego, że w wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu uzyskał łączną ilość punktów 2, w wyniku czego pomimo, iż spełnił wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, nie został przez niego zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania, ponieważ zajął w klasyfikacji wniosków 21 miejsce, zaś zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert do liczby 20.

W związku z powyższym Odwołujący, mając na uwadze swój interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia, wskazał na uchybienia zawarte we wnioskach złożonych przez Konsorcjum SUCG, który to wykonawca mimo dokonanych uchybień uzyskał łącznie 4 pkt, klasyfikując się odpowiednio na miejscu 19 tj., przed wnioskiem Protestującego.

W pierwszej kolejności Protestujący wskazał, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zwany dalej Wnioskiem) został złożony w imieniu trzech firm: Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 654 Mengzi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa (dalej:

3

SUCG), Trawos Sp. zo.o., ul. M.Skłodowskiej-Curie 177, 59-300 Lublin (dalej: Trawos) Energopol-Południe S.A. ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec (dalej: Energopol).

Każdy z członków Konsorcjum SUCG oświadczenia i dokumenty wymienione w sekcji III.2) pkt 2-8 złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym odrębnie. Jednakże zdaniem Odwołującego dokumenty zagranicznego członka konsorcjum nie zostały złożone w formie przewidzianej w § 2 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów..., ponieważ załączone oświadczenia nie zostały 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, jak wymaga tego wskazany przepis. Ponadto załączone oświadczenia oraz dokumenty wystawione na potrzeby prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne nie zostały podpisane, a więc zgodnie z obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu prawem polskim *de facto* były nieważne. Uznając takie dokumenty za prawidłowe Zamawiający naruszył co najmniej art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy oraz § 2 ust. 3 wskazanego wyżej rozporządzenia. Odwołujący dalej podnosił, że na potwierdzenie, iż nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono ich upadłości SUCG złożyło „oświadczenie”, które nie mogło być za takie uznane ze względu na liczne wady, które je dyskwalifikują zarówno co do istoty samego oświadczenia jak i formy niezgodnej z w. wym. rozporządzeniem.

Odwołujący zauważył, że w szczególności na przedmiotowym „oświadczeniu” złożonym oryginalnie w języku angielskim (str.69 wniosku) brakowało podpisu osoby/osób je składającej/ych (w oświadczeniu użyto liczby mnogiej) w przetłumaczonym tekście „*My niżej podpisani.*” Pod „oświadczeniem” złożonym w oryginale bez daty (w tłumaczeniu na j. polski w sposób nieuprawniony znalazła się tam data 14.sierpnia 2009r.) widniała jedynie pieczęć wykonawcy (wbrew wymogom treść jej nie została przetłumaczona na język polski), której autentyczność potwierdzono notarialnie w dacie 14 sierpnia 2009r. Notariusz nie wskazał osoby/osób składającej/ych oświadczenie, należy zatem sądzić, że jego rola ograniczyła się do poświadczenia autentyczności pieczęci. Z powyższych faktów Odwołujący wnioskował, iż oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem. Ponadto podkreślił on, iż postępowanie prowadzone było zgodnie z prawem polskim, unijnym, uwzględniającym w tym przypadku warunki FIDIC. W tej sytuacji nie mogły być uznane za wystarczające wyjaśnienia Wykonawcy odnośnie zwyczajowego braku podpisywania dokumentów wystawianych przez instytucje w ChRL . Odwołujący zwrócił również uwagę, iż inni wykonawcy z Chin składający w przedmiotowym postępowaniu analogiczne oświadczenia nie mieli problemu z ich własnoręcznym podpisaniem.

4

Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego brak podpisu osoby składającej oświadczenie powinno stanowić o jego nieważności. Tym samym Odwołujący uważał, że członek konsorcjum SUCG nie złożył wymaganego prawem oświadczenia o braku likwidacji i upadłości.

Dalej Odwołujący podnosił, że na załączonym oświadczeniu o niekaralności podmiotu zbiorowego złożonym oryginalnie w języku angielskim (str. 32 wniosku) brakowało podpisu osoby/osób je składającej/ych (w oświadczeniu użyto liczby mnogiej). Pod oświadczeniem złożonym w dacie 24.07.2009 widniała tylko pieczęć wykonawcy (nie została przetłumaczona na język polski), której autentyczność potwierdzono notarialnie w tej samej dacie. Notariusz nie wskazał osoby/osób składającej/ych oświadczenie. Na tej podstawie Odwołujący sądził, że jego rola ograniczyła się do poświadczenia autentyczności pieczęci. Wobec tego Odwołujący uważał, iż oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem. Ponadto po raz kolejny podkreślił, iż postępowanie prowadzone było zgodnie z prawem polskim, europejskim, a więc teza odnośnie zwyczajowego braku podpisywania dokumentów wystawianych przez instytucje w ChRL nie powinna mieć zastosowania w przypadku oświadczenia składanego przez samego wykonawcę na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Zgodnie zatem z przepisami kodeksu cywilnego brak podpisu osoby stanowił o nieważności takiego oświadczenia. Tym samym członek konsorcjum SUCG nie złożył oświadczenia o braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Dalej Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż na potwierdzenie, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków oraz opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, SUCG złożyło dwa odrębne, „oświadczenia”.

Odwołujący zarzucił, że na oświadczeniu o braku zobowiązań wobec Urzędu Podatkowego złożonym oryginalnie w języku angielskim (str. 51 wniosku) z podpisem Pana Wang Xinqiang oraz pieczęcią brakowało daty sporządzenia oświadczenia. Zgodnie z pełnomocnictwem SUCC Pana Wang Xinqiang (str. 77) nie był on przedstawicielem prawnym SUCC i nie posiadał pełnomocnictw do podpisywania oświadczeń w imieniu firmy SUCC.

Tym samym członek konsorcjum SUCG nie złożył oświadczenia o nie zaleganiu z

uiszczaniem należnych podatków.

Podobnie na oświadczeniu o nie zaleganiu z opłatami na ubezpieczenie społeczne (str. 61-62 wniosku) złożonym oryginalnie w języku angielskim (str.61 wniosku) z podpisem Pana Wang Xinqiang oraz pieczęcią brakuje daty sporządzenia oświadczenia. Zgodnie z pełnomocnictwem SUCG Pan Wang Xinqiang (str. 77) nie był przedstawicielem prawnym SUCG i nie posiadał pełnomocnictw do podpisywania oświadczeń w imieniu firmy SUCG.

5

Tym samym członek konsorcjum SUCG nie złożył oświadczenia o nie zaleganiu z uiszczeniem opłat na ubezpieczenie społeczne.

W odniesieniu zaś do zaświadczeń/oświadczeń o niekaralności osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy to Odwołujący wskazał, że należy w pierwszej kolejności ustalić ilość osób, które winny wymagane w tym zakresie dokumenty złożyć. SUCG złożyło na str 40-41 wniosku „zaświadczenie o niekaralności Prawnego Przedstawiciela Spółki. „Zaświadczenie” to wystawione na pana Wang Zhiqiang, nie nosiło jednakże znamion zaświadczenia w rozumieniu dokumentu o którym mowa powyżej, ponieważ pod tekstem zapisanym w języku angielskim, widniała pieczęć członka konsorcjum, którego to „zaświadczenie” dotyczy tj. pieczęć SUCG. Jeśli by nawet przyjąć, iż „zaświadczenie notarialne o niekaralności” pana Wang Zhiqiang, które *de facto* nie było zaświadczeniem, a jedynie mogłoby być oświadczeniem, ponieważ zostało złożone przez samego zainteresowanego, miałoby stanowić dokument, o którym mowa w § 2 ust 3 rozporządzenia, to nie można go za takie uznać, ponieważ brakowało na nim podpisu osoby je składającej. Pod oświadczeniem z datą 24.07.2009 widniała jedynie pieczęć wykonawcy, której autentyczność potwierdzono notarialnie w tej samej dacie. Notariusz nie wskazał osoby składającej oświadczenie, a zatem Odwołujący sądził, iż jego rola ograniczyła się do poświadczenia autentyczności pieczęci. Z tego faktu Odwołujący wnioskował, iż oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem, jak wymagał tego wskazany przepis cyt. wyżej rozporządzenia. Odwołujący podkreślił również, iż brak podpisu osoby konsekwentnie również i w tym przypadku stanowiło o nieważności takiego oświadczenia. Tym samym stwierdził, iż SUCG nie złożyło ani jednego dokumentu o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący oparł się na opinii Wydziału Konsularnego Ambasady RP w Pekinie, według, którego to urzędu dokument o niekaralności osób dla obywateli ChRL wystawiany jest przez organy Bezpieczeństwa Publicznego. Taka sytuacja oznaczała – zdaniem Odwołującego, że SUCC powinien złożyć takie dokumenty, a nie w postaci załączonego do wniosku oświadczenia.

Poza tym Odwołujący zauważył, że w pełnomocnictwie sporządzonym przez SUCG dla Pana Wang Xiqiang udzielonym przez Pana Wang Zhiqiang (str. 75-77) nie przetłumaczono na język polski strony 76 pełnomocnictwa. Nie przedstawiono też żadnych dowodów wskazujących na prawne umocowanie Pana Wang Zhiqiang do jednoosobowej reprezentacji SUCG.

6

Odwołujący przypomniał, że na potwierdzenie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy Zamawiający wymagał załączenia do wykazu dokumentów potwierdzających, że wymienione w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Konsorcjum SUCG na str. 106, 109,112, 115, 118,121 wniosku załączyło kopie referencji, w których brakowało podpisu osoby je wystawiającej. Na dokumentach tych widniała jedynie pieczęć instytucji, która powyższe referencje wystawiła. Zdaniem Odwołującego referencji wystawionych bez podpisu nie można w żaden sposób zweryfikować, sprawdzić, a zatem nie można ich było uznać za wiarygodne i spełniające funkcję, jaką temu dokumentowi przypisano. Z tego powodu należało uznać, iż do załączonego do wniosku wykazu prac nie załączono dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac tam wskazanych. Tym samym wykonawca nie potwierdził spełniania warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego

postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył) jako wykonawca lub podwykonawca co najmniej 1 zadanie lub 2 zadania o wartości nie mniejszej niż 200 000 000,00 PLN brutto łącznie, polegające na budowie lub przebudowie drogi klasy A lub S lub GP.

Odwolujący twierdził, że w konsekwencji przy braku wykazania spełniania przez konsorcjum SUCG powyższego warunku Zamawiający nie mógł zakwalifikować wykonawcy i zgodnie z zasadą przyjętą w pkt IV. 1.2) Ogłoszenia, w przypadku gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy 20, przyznać temu wykonawcy 4 punktów, ponieważ w sposób jaskrawy nie spełniał on warunku dotyczącego doświadczenia. Uwzględnianie przez Zamawiającego ww. pozycji wykazu w klasyfikacji punktowej stanowiło nierówne traktowanie wykonawców oraz naruszenie przepisów zarówno ustawy Pzp jak i rozporządzenia Prezesa RM z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwolujący zauważył, że zgodnie z III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu dot. potencjału technicznego wykonawca w przypadku dysponowania w przyszłości urządzeniami i narzędziami powinien złożyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów o ich udostępnienie. Dokument załączony na str. 123 wniosku nie nosi cech takiego zobowiązania. Właściciel urządzenia poinformował jedynie w ostatnim akapicie, że „gotowy jest podjąć rozmowy w celu uszczegółowienia warunków współpracy” co nie spełniało wymogów zobowiązania ich udostępnienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, że zgodnie z oficjalną opinią Wydziału Konsularnego Ambasady RP w Pekinie działającego na mocy ustawy z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsułów RP art. 10 p. 6 w praktyce chińskiego obrotu prawnego każdy dokument

7

wymaga podpisu właściciela firmy jak i pieczęci danej firmy lub urzędu. W Chinach na oficjalnych chińskich dokumentach pieczętowanych oficjalną pieczęcią urzędów wymagany jest zawsze podpis osoby upoważnionej. Odwołujący zatem uważał, że wszelkie chińskie dokumenty załączone przez SUCG bez podpisu osoby upoważnionej nie spełniały kryterium dopuszczenia do obrotu prawnego i nie powinny być uwzględnione przez Zamawiającego. Odwołujący podał Zamawiającemu sposób uzyskania potwierdzenia powyższych informacji z Wydziału Konsularnego Ambasady RP w Pekinie pod faxem : (+ 86 10) 65323567, mail: www.polemb.net - Kierownik Wydziału Konsularnego, I Radca Ambasady RP w Pekinie Pan. Krzysztof Pożniak.

Ostatecznie Odwołujący informował, że zgodnie z obowiązującym stanem stosunków prawnych polsko-chińskich potwierdzonych opinią Wydziału Konsularnego Ambasady RP w Pekinie wszelkie dokumenty potwierdzone przez chińskiego notariusza powinny zostać zalegalizowane w MSZ ChRL a następnie przedstawione do legalizacji przez polski urząd konsularny. W przeciwnym przypadku nie powinny zostać dopuszczone do obrotu prawnego na terenie Polski, (pełna informacja nt. procedury legalizacji dokumentów notarialnych jest dostępna na stronach internetowych MSZ).

Do protestu po stronie Zamawiającego przystąpiło konsorcjum: Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 654 Mengzi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa (dalej: SUCG), Trawos Sp. zo.o., ul. M.Skłodowskiej-Curie 177, 59-300 Lublin (dalej: Trawos), Energopol-Południe S.A. ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec (dalej : Energopol) - zwane dalej Konsorcjum SUCG.

W dniu 08.03.2010 r. Zamawiający przedmiotowy protest rozstrzygnął w ten sposób, że postanowił: uwzględnić protest w zakresie zarzutu 4 - dysponowania potencjałem technicznym (wytwórnia mas bitumicznych o wydajności min. 150 t/godz.) i oddalić protest w zakresie pozostałych zarzutów.

Zamawiający odniósł się do żądania Odwołującego wykluczenia Konsorcjum SUCG z powodu braku podpisów upoważnionego do działania w imieniu SUCG p. Wang Zhiqiang na dokumentach potwierdzających spełnianie wymagań określonych w ogłoszeniu oraz przepisami ustawy PZP w następujący sposób.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że status prawny Konsorcjum SUCG

określało prawo jego siedziby, czyli w tym przypadku prawo Chińskiej Republiki Ludowej. Zasada taka wynikała z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, zgodnie z którym jeżeli Wykonawca nie ma siedziby lub miejsca zamieszkania na terenie

8

Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty wystawione w kraju pochodzenia - w kraju w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Tym samym zgodność z prawem tych dokumentów należało oceniać wg prawa kraju pochodzenia (tak wyrok KIO z dnia 10.07.2009, KIO UZP 703/09, KIO UZO 709/09). Dalej Zamawiający wywodził, że obowiązek złożenia dokumentów zgodnie z krajem pochodzenia Wykonawcy wynika również z treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym dokumenty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą być zgodne z prawem kraju ich wystawienia. Wg przepisów prawa chińskiego, co udowodnił Przystępujący, nie ma obowiązku podpisywania dokumentów wystawianych przez osoby prawne, wystarczy jedynie ich pieczęć na dokumencie. Zatem, zgodnie z prawem chińskim, wszystkie dokumenty złożone w imieniu Konsorcjum SUCG, niepodpisane, ale opieczątowane pieczęcią firmową były wystawione zgodnie z przepisami prawa i miały wiążącą moc.

Zamawiający zauważył, że w Chińskiej Republice Ludowej urzędom administracji publicznej, instytucjom publicznym, a także osobom prawnym (m.in. spółkom prawa handlowego) są wystawiane i wręczane specjalne, oficjalne pieczęci, którymi się posługują w swej działalności. Dalej Zamawiający wykazywał, iż wydawanie tychże pieczęci jest reglamentowane przez przepisy prawa. Podpisy mogą być dodatkowo składane w celu identyfikacji osoby, która wystawiła dokument (np. notariusz). Dla zachowania ważności dokumentów nie wymaga się odrębnego podpisu (...) W omawianym zakresie nie istnieją analogie do polskiego porządku prawnego w przedmiocie zasad sporządzania dokumentów urzędowych, a w szczególności - obligatoryjnego wymagania złożenia podpisu".

Zamawiający przekonywał, że oświadczenie dotyczące upadłości i likwidacji, oświadczenie o niekaralności podmiotu zbiorowego, oświadczenie o niezaleganiu z podatkami oraz o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne, oświadczenie o niekaralności prawnego przedstawiciela spółki zostały złożone i opieczątowane przez SUCG przed notariuszem, który po dokonaniu weryfikacji powyższe poświadczył swoją pieczęcią i podpisem. Wszystkie oficjalne dokumenty załączone przez Konsorcjum SUCG do wniosku były ważne w myśl regulacji porządku prawnego obowiązującego w miejscu ich wystawienia. Nadto Zamawiający wskazał, że przytoczone zarzuty były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 84/10.

Z tego powodu – zdaniem Zamawiającego - zarzut jakoby Pan Wang Xianqiang nie posiadał pełnomocnictw do podpisywania oświadczeń w imieniu firmy SUCG był niesłuszny. Pełnomocnictwo dla Pana Wang Xianqiang zostało podpisane przez Pana Wang Zhinqiang - przewodniczącego rady dyrektorów SUCG, będącego zgodnie z załączonym do wniosku

9

zezwoleń na prowadzenie działalności, prawnym przedstawicielem SUCG. Pełnomocnictwo to znajdowało się na stronie 75 wniosku i zawierało między innymi umocowanie do „podpisywania i składania dokumentów” w imieniu SUCG.

Pełnomocnictwo udzielone Panu Wang Xianqiang w sposób jak najszerszy i pełny obejmowało wszystkie czynności podejmowane przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym „podpisywania i składania dokumentów w postępowaniu publicznym”.

Zarzut Odwołującego dotyczący braku tłumaczenia strony pełnomocnictwa oraz braku dowodów wskazujących na jednoosobową reprezentację SUCG Zamawiający uznał za nie znajdujący uzasadnienia. Strona 76 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (pełnomocnictwo) została przetłumaczona, natomiast na str. 14 załączono tłumaczenie

Business Licence, z którego jednoznacznie wynikało, że Pan Wang Zhiqiang był jedynym prawnym przedstawicielem firmy, co wskazuje na jego uprawnienie do jednoosobowej reprezentacji SUCG.

Zamawiający nie uznał również zarzutu Odwołującego dotyczącego nieprawidłowego złożenia oświadczeń przed notariuszem.

Nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że chiński notariusz potwierdził „autentyczność pieczęci” na złożonych dokumentach, w formie dokumentu chińskiego, która to forma była najbardziej zbliżona do formy notarialnej w prawie polskim.

W odniesieniu do zarzut dotyczącego nieprawidłowej reprezentacji SUCG Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach Konsorcjum SUCG zawartych w treści przystąpienia, że „Jedynym członkiem zarządu uprawnionym do podejmowania decyzji i reprezentacji firmy, a więc organem wykonawczym jest Prawny Przedstawiciel w osobie Pana Wang Zhiqiang, którego oświadczenie o niekaralności Konsorcjum SUCG załączyło do swojego wniosku. Stoi on na czele Rady Dyrektorów, która pełni podobną funkcję jak dyrektorzy w polskich spółkach i nie można ich funkcji oraz kompetencji porównać do członka zarządu”. Zgodnie ze złożonym we wniosku zezwoleniem na prowadzenie działalności, Prawnym przedstawicielem przedsiębiorstwa Shanghai Urban Construction (Group) Corporation był Pan Wang Zhiqiang. Pełnomocnictwo dla Pana Wang Xinqiang zostało podpisane przez Pana Wang Zhinqiang - Przewodniczącego rady Dyrektorów SUCG i nie budziło wątpliwości Zamawiającego. Pan Wang Xinqiang był uprawniony do upoważniania innych osób i na tej podstawie upoważnił Pana Marka Frydrycha.

10

Zarzut dotyczący braku podpisu na referencjach załączonych do wniosku Zamawiający tłumaczył w ten sposób, że w ChRL nie stosuje się zasady podpisywania oficjalnych dokumentów, szczególnie dokumentów wydawanych przez instytucje (również zezwolenia na prowadzenie działalności czy referencji). Zamawiający powołał się na argumentację Przystępującego, że zgodnie z historycznymi i kulturalnymi uwarunkowaniami dokumenty w Chińskiej Republice Ludowej są opieczętowane, natomiast podpis nie stanowi obligatoryjnego elementu składowego dokumentu urzędowego lub prywatnego, inaczej niż ma to miejsce w porządku prawnym wykształconym przez państwa europejskie. W chińskiej Republice Ludowej pieczęć jest równoważną z podpisem, a niekiedy ma większą wartość niż podpis osobisty na urzędowym dokumencie wydanym przez organy publiczne.

Również zarzut dotyczący formy dokumentu o niekaralności Zamawiający nie uznał i oparł się na wyjaśnieniach Przystępującego, zgodnie z którymi w ocenie powyższego zarzutu należy mieć na uwadze autonomiczność i różnorodność regionów w Chińskiej Republice Ludowej oraz istniejącą ogromną rozbieżność w zakresie praw i obowiązków różnych organów administracyjnych i sądowych w różnych częściach CHRL (prowincjach, miastach wydzielonych, rejonach autonomicznych). Cechą charakterystyczną ChRL jest bardzo duże zróżnicowanie wykonawczych regulacji prawnych pomiędzy poszczególnymi prowincjami. Z tego też względu argumenty Odwołującego, opierające się na opinii wydziału Konsularnego Ambasady RP w Pekinie, nie mogły być przez Zamawiającego uznane jako odzwierciedlające stan prawny panujący w Szanghaju, siedzibie SUCG.

Zarzut dotyczący dysponowania potencjałem technicznym Zamawiający uznał.

Z takim rozstrzygnięciem protestu Odwołujący się nie zgodził i w dniu 18 marca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący podtrzymał podniesione w proteście zarzuty :

1) naruszenia przepisu art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku ich nie uzupełnienia lub złożenia dokumentów, które w dalszym ciągu nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykluczenia z postępowania Konsorcjum SUCG;

2) naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i art. 51 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez nierówne

traktowanie wykonawców i nie zaproszenie Protestującego do złożenia oferty.

3) naruszenia innych przepisów Ustawy Pzp wskazanych w uzasadnieniu protestu lub wynikających z uzasadnienia.

11

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności doprowadzenia do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp poprzez:

- 1) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) wezwanie Konsorcjum SUCG do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - a w przypadku ich nie uzupełnienia lub złożenia dokumentów, które w dalszym ciągu nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykluczenia konsorcjum SUCG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

- 3) zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, a w szczególności ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30.10.2009r., wniosku Konsorcjum: Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 654 Mengzi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa (dalej: SUCG), Trawos Sp. zo.o., ul. M.Skłodowskiej-Curie 177, 59-300 Lublin (dalej: Trawos), Energopol-Południe S.A. ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec (dalej : Energopol), pisma Zamawiającego z dnia 15 lutego 2010 r. zawiadamiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009r., Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Izba postanowiła nie dopuścić Konsorcjum: Shanghai Urban Construction (Group) Corporation, 654 Mengzi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa (dalej: SUCG), Trawos Sp. zo.o., ul. M.Skłodowskiej-Curie 177, 59-300 Lublin (dalej: Trawos), Energopol-Południe S.A. ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec (dalej : Energopol) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając brak umocowania Marka Frydrycha do występowania w imieniu Konsorcjum przed KIO.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

12

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania.

Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, art. 51 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, a wobec tego odwołanie należało oddalić.

Izba prowadząc przedmiotowe postępowanie odwoławcze uznała, iż w przedmiotowej sprawie należało jako dowody dopuścić wszystko, co umożliwiłoby precyzyjne ustalenie stanu prawnego Chińskiej Republiki Ludowej w zakresie niezbędnym do dokonania rozstrzygnięcia.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym były załączone do wniosku Konsorcjum zaskarżone dokumenty, konsorcjanta zagranicznego, potwierdzające spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie ich formy odpowiadającej prawu chińskiemu.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2010r. Odwołujący złożył wniosek dowodowy o powołanie biegłego z listy biegłych sądowych ustanowionych przy sądzie okręgowym właściwym dla Zamawiającego, a w przypadku braku takiego biegłego również z listy biegłych sądowych sądu okręgowego dla siedziby Shanghai Urban Construction (Group) Corporation. Nadto wnosił również o zasięgnięcie opinii Konsulatu Generalnego w Szanghaju w przedmiocie rozpoznawanej sprawy.

Z uwagi na szczególnie skomplikowany charakter sprawy Izba postanowiła dopuścić powyższe dowody.

Z ustaleń Izby wynika jednak, iż na listach sądów okręgowych RP brak jest biegłych o wspomnianej specjalności.

Natomiast Konsulat Generalny RP w Szanghaju pismem z dnia 2 lipca 2010r., KG/Sz/220/2010 poinformował o braku upoważnienia do wydania opinii prawnej w przedmiotowym zakresie.

Nadto z informacji z Ministerstwa Sprawiedliwości, pismo z dnia 13 lipca 2010r. DWM-II-471-63/10/02 wynika, iż wykonanie wniosku sądu polskiego w zakresie powołania biegłego chińskiego przez władze chińskie podlega prawu chińskiemu, i brak jest informacji na temat terminu i kosztów realizacji ewentualnego wniosku strony polskiej.

W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, iż nie jest możliwe wykonanie przedmiotowych wniosków dowodowych, w rozsądnym terminie, a dowód z opinii biegłego chińskiego został powołany jedynie dla zwłoki, co pozostaje w kolizji z przepisem art. 187 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp.

13

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła odmówić dalszego prowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego dowodów i ustalić stan faktyczny na podstawie materiału dokumentacyjnego znajdującego się w aktach sprawy.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III ogłoszenia pkt 2.2) „Warunki udziału”, ppkt 6 zamieścił postanowienie „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów wymienionych w pkt 2, 4 i 5 – składa odpowiedni dokument lub dokumenty, wystawione zgodnie z prawem kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie,
- c) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu”.

Konsorcjum SUCG wraz z wnioskiem złożyło:

1) oświadczenie firmy SUCG z dnia 14 sierpnia 2009r., iż „wobec SUCG nie ogłoszono upadłości i nie jest ona w likwidacji, jak również nie istnieją żadne okoliczności uniemożliwiające nam uczestniczenie w przetargach publicznych” wraz pieczęcią (s. 70 wniosku), której autentyczność została w tym samym dniu potwierdzona przez notariusza (str. 73),

2) oświadczenie firmy SUCG z dnia 24.07.2009r. o niekaralności podmiotu zbiorowego (s. 32-33 wniosku) wraz pieczęcią, której autentyczność została poświadczona przez notariusza w tej samej dacie (str. 36),

3) oświadczenie firmy SUCG, że „zapłaciła wszystkie wymagane podatki i nie ma żadnych zobowiązań w stosunku do Urzędu Podatkowego” (s. 52 wniosku), wraz z podpisem Dyrektora Wang Xingiang i pieczęcią z poświadczeniem notarialnym z dnia 19.11.2009r., iż powyższa kopia jest taka sama jak oryginalne oświadczenie będące w posiadaniu SUCG oraz, że pieczęć SUCG i podpis Wang Xingiang złożony na oryginalnym dokumencie są autentyczne (str. 55),

4) oświadczenie firmy SUCG, że „zapłaciła wszystkie wymagane zobowiązania i nie ma żadnych należności w stosunku do związane z ubezpieczeniem społecznym stosownego Urzędu” (s. 62 wniosku), wraz z podpisem Dyrektora Wang Xingiang i pieczęcią z poświadczeniem notarialnym z dnia 19.11.2009r., iż powyższa kopia jest taka sama jak oryginalne oświadczenie będące w posiadaniu SUCG oraz, że pieczęć SUCG i podpis Wang Xingiang złożony na oryginalnym dokumencie są autentyczne (str. 64),

W załączeniu do wniosku konsorcjum SUCG złożyło także zgodnie z wymogiem sekcji III.2.3) ppkt 3 ogłoszenia „dokumenty potwierdzające, że wymienione w wykazie roboty zostały wykonane należycie” (s. 106, 109, 112, 118 i 121 wniosku) bez podpisu osoby wystawiającej, lecz zawierające stosowne pieczęcie.

Izba przy tym zważyła, że stosownie do treści § 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. z dnia 24 maja 2006 r. z póź. zm.) 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.

W ocenie Izby z powołanego wyżej zestawienia żądanych przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że wykonawca konkurencyjny je złożył, w formie przewidzianej przez przepisy prawa chińskiego.

Co do udowodnienia właściwej formy wskazanych dokumentów Izba reprezentuje pogląd, iż zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego ciężar dowodowy spoczywa na podmiocie, który wywodzi z danego faktu skutki prawne. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podważając dokumenty przetargowe winien wskazać dowody potwierdzające jego twierdzenia.

Izba uznała zatem, że w niniejszej sprawie teza Odwołującego o braku spełniania wymogów formalnych prawa chińskiego przy składaniu oświadczenia przed notariuszem mieści się jedynie w sferze hipotetycznych domniemań.

Zdaniem Izby wykładnia cyt. przepisu § 2 ust.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów prowadzi do wniosku, iż sposób składania oświadczenia przed notariuszem nie musi być jednolity. Należy odróżnić sytuacje złożenia oświadczenia przed notariuszem w formie ustnej i sporządzenie przez niego na tej podstawie dokumentu, od sytuacji złożenia dokumentu przed notariuszem zawierającego już gotowe oświadczenie i potwierdzenie tej czynności przez notariusza. Izba uważa, że powołany wyżej przepis swoją dyspozycją obejmuje wszystkie te przypadki.

W niniejszej sprawie takie oświadczenia wiedzy złożone przez osoby uprawnione do reprezentacji (dokonywania opieczętowania dokumentu zawierającego oświadczenie) zostały złożone, a następnie autentyczność tej czynności została potwierdzona przez notariusza.

Podpis pod dokumentem, w świetle prawa chińskiego, nie jest elementem koniecznym - zdaniem Izby - do uznania ważności dokumentu, co potwierdził notariusz. Według Izby samo potwierdzenie pieczęci przez notariusza byłoby pozbawione przyczyny prawnej dla której czynność taka byłaby dokonana.

Również co do zarzutu braku reprezentacji SUCG Izba nie ma wątpliwości, iż takie prawo przysługuje Panu Wang Zhigiang będącemu przedstawicielem organu jednoosobowego, podobnie jak w przedsiębiorstwie państwowym, co potwierdza treść zezwolenia załączona na str.14 wniosku.

Zatem twierdzenia Odwołującego również w tym zakresie również nie mogą zostać uznane za właściwe.

Izba zwraca również uwagę, że zgodnie art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (dz. u. z dnia 17 listopada 1965 r.) forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana .

Izba przyjęła zapatrywanie, iż wszystkie czynności w ramach niniejszej sprawy dokonane przed notariuszem w myśl prawa chińskiego zostały dokonane w celu zadośćuczynienia powyższym przepisom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Izba uznała, iż w systemie prawa chińskiego istnieje forma pieczętowania dokumentów zawierających oświadczenie wiedzy, o czym świadczą konsekwentnie wystawiane przez różne podmioty chińskie, w tym municypalne dokumenty zawierające jedynie pieczęcie, bez podpisu.

Za mało prawdopodobne należało uznać zdaniem Izby działanie tych podmiotów poza regułami prawa obowiązującego w Chinach, a tym samym kreowanie rzeczywistości oderwanej od celu dokonywanej czynności.

Ostatecznie Izba zauważyła, że Odwołujący nie przedłożył żadnego dokumentu udowadniającego właściwość innych podmiotów publicznych zgodnie z prawem miejscowym

16

do wystawiania dokumentów niezbędnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania, na zasadzie art.192 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp uwzględnieniem postanowień 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

17

18