

WYROK
z dnia 13 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Control Process S.A. w Krakowie i STALBUD Tarnów Sp. z o.o. w Mikołajowicach 221**, w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie; nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1.Nafta–Gaz-Serwis S.A. w Sanoku, 2.ZRUG TORUŃ S.A. w Toruniu, 3.ZRUG Zabrze Sp. z o.o. w Zabrzu, 4.„INSTALGAZ” Andrzej Szulc w Urbanowie, 5.„SPECJALIZOWANE MONTAŚNE UPRAWLINIA Nr 24” Spółka Akcyjna Otwarta w Kijowie, z uwzględnieniem okoliczności i konsekwencji wynikających z uzasadnienia wyroku.

2. Kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Control Process S.A. w Krakowie i STALBUD Tarnów Sp. z o.o. w Mikołajowicach 221, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Control Process S.A. w Krakowie i STALBUD Tarnów Sp. z o.o. w

1

Mikołajowicach 221, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego - roboty budowlane pn. „Budowa gazociągu DN 800 Świnoujście–Szczecin”, w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienia sektorowe - roboty budowlane zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE z dnia 11 lutego 2011 r. nr 2011/S 29-048407.

Odwołujący Control Process S.A i STALBUD Tarnów Sp. z o.o. wniósł odwołanie od

niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”, czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj.:

- a) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1.Nafta–Gaz–Serwis S.A. w Sanoku, 2.ZRUG TORUŃ S.A. w Toruniu, 3.ZRUG Zabrze Sp. z o.o. w Zabrzu, 4.„INSTALGAZ” Andrzej Szulc w Urbanowie, 5.„SPECJALIZOWANE MONTAŚNE UPRAWLINIA Nr 24” Spółka Akcyjna Otwarta w Kijowie, zwanych w skrócie „Konsorcjum” lub „wykonawcą”,
- c) zaniechania udostępnienia (odtajnienia) pełnej treści wniosku złożonego przez Konsorcjum, tj. zaniechania udostępnienia treści uzupełnionego wykazu osób.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 i art. 51 ust. 1 ustawy, przez zaproszenie do złożenia oferty Konsorcjum, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożyło oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- c) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy oraz § 4 ust. 1 pkt 1 c 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, zwanego w dalszej treści „rozporządzeniem”, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, które nie złożyło dokumentu potwierdzającego, że nie

3

orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

- d) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie udostępnienia (odtajnienia) pełnej treści wniosku Konsorcjum, tj. brak udostępnienia odwołującemu treści uzupełnionego wykazu osób, pomimo, że informacje zawarte w ww. zastrzeżonym dokumencie nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Wskazał, że zakres zamówienia polega na wykonaniu zadania pn: „Budowa gazociągu Świnoujście- Szczecin”, polegającego na budowie gazociągu o średnicy DN 800, ciśnieniu MOP 8,4 MPa i długości ok. 80 km, z rur stalowych ze stali L555MB o grubości ścianki 11 mm i 17,5 mm, w tym również wykonanie Zespołów Zaporowo-Upustowych, zespołu służu nadawczej tłoka na terenie Terminalu LNG w Świnoujściu oraz zespołu służu odbiorczej tłoka i układów technologicznych węzła przyłączeniowego na terenie Tłoczni Gazu Goleniów. Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. Stwierdził, że gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, wówczas wykluczyłby z postępowania Konsorcjum. Zaproszenie tego wykonawcy do złożenia oferty, pomimo że podlega on wykluczeniu z postępowania, może pozbawić odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, gdyż może okazać się, że Konsorcjum złożyło ofertę korzystniejszą od oferty odwołującego. Powołał się na orzecznictwo Izby i Sądu Okręgowego w Warszawie w zakresie interesu uzasadniającego wniesienie odwołania. Podniósł, że gdyby zamawiający ujawnił (odtajił) treść wniosku Konsorcjum, odwołujący przez analizę uzupełnionych dokumentów miałby możliwość zweryfikowania spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie ewentualne późniejsze podnoszenie zarzutów w stosunku do tych dokumentów. Uznał, że powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i :

- a) unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) nakazanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania,
- c) nakazanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu uzupełnionych przez Konsorcjum dokumentów,

- d) ponowne dokonanie czynności oceny spełniania warunków i poinformowanie wykonawców o wynikach oceny spełnienia tych warunków oraz zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu.

4

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

1. Zgodnie z sekcją III.2 ogłoszenia o zamówieniu - warunki udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał, aby wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej złożyć dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie (sekcja III.2.1) pkt 8.1.c ogłoszenia o zamówieniu).

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączone zostały, w odniesieniu do wykonawcy „Specjalizowane Montaż Uprawnienia nr 24” Spółka Akcyjna Otwarta z siedzibą w Kijowie, zwanego w skrócie „członkiem Konsorcjum” lub „wykonawcą”, jedynie oświadczenia Prezesa Zarządu Hutorowa Serhija Petrowycza:

- z dnia 01.03.2011 r., że spółka nie naruszyła prawa ukraińskiego oraz nie była karana,

- z dnia 28.02.2011 r., że na Ukrainie nie istnieje ogólna baza dot. naruszenia prawa przez podmioty/osoby prawne,

- z dnia 28.02.2011 r., że wobec spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający stwierdził, że oświadczenia nie zostały złożone przed notariuszem, a jedynie poświadczane przez notariusza i wezwał Konsorcjum pismem z dnia 28 marca 2011 r. do uzupełnienia dokumentu określonego w § 4 ust. 1 pkt 1 c rozporządzenia, przez:

złożenie wyjaśnień i udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytania:

- czy zgodnie z prawem miejsca złożenia oświadczeń z dnia 1 marca 2011 r. (strona 58 wniosku) oraz z dnia 28 lutego 2011 r. (strony 61 oraz 84 wniosku) „poświadczenie autentyczności podpisu” jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”.

Alternatywnie w przypadku, gdy „poświadczenie autentyczności podpisu” nie jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”, zamawiający wezwał do uzupełnienia:

- dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, tj. na Ukrainie potwierdzających, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, tj. na Ukrainie nie wydaje się ww.

dokumentu lub dokumentów zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego.

Odwołujący podał, że Konsorcjum nie uzupełniło dokumentu, z którego wynikałby brak orzeczenia wobec spółki z Ukrainy zakazu ubiegania się o zamówienie, a jedynie złożyło oświadczenie, że potwierdzenie autentyczności podpisu przez notariusza należy traktować jako czynność równoważną przyjęciu oświadczenia przez notariusza. Z dalszych czynności oceny wynika, że zamawiający uznał uzupełnienie za prawidłowe, mimo, że wcześniej

5

uważał, że złożone we wniosku oświadczenie jest wadliwe co do jego formy, gdyż nie zostało złożone przed notariuszem. Odwołujący podniósł, iż złożenie przez wykonawcę oświadczenia jest nieskuteczne w sytuacji, gdy w kraju, w którym członek Konsorcjum ma siedzibę, wydawane są dokumenty w tym zakresie. Ponadto, podniósł, że zamawiający zauważył na etapie oceny wniosku, iż złożone oświadczenie jest wadliwe co do jego formy, gdyż nie zostało złożone przed notariuszem.

Odwołujący wskazał, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu, zgodnie z jednolitym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jest czynnością jednokrotną, zatem wobec braku złożenia wymaganego dokumentu, Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania.

2. Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu wymagał, aby wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi niezbędne kwalifikacje zawodowe, w tym:

- kierownikiem Nadzoru Robót Spawalniczych (minimum 1 osoba) posiadającym uprawnienia międzynarodowego/europejskiego inżyniera spawalnika wg normy PN-EN 719:1999 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 lub równoważne z

aktualnym certyfikatem kompetencji.

Konsorcjum złożyło wykaz osób, który nie zawiera w kolumnie „Posiadane uprawnienia” wskazania tych uprawnień, a jedynie informację o posiadaniu Certyfikatu Kompetencji NR CP/INŚ./00441/2009/3 i dyplomu nr EWE-PL-00441/2000. Z otrzymanych przez zamawiającego dokumentów w tym zakresie (wykazu osób, certyfikatu oraz dyplomu) nie wynika, że wskazana osoba posiada uprawnienia europejskiego inżyniera spawalnika wg wymaganych przez zamawiającego norm.

W ocenie odwołującego, Konsorcjum nie wykazało w sposób nie budzący wątpliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co powoduje, iż podlega ono wykluczeniu z postępowania.

3. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca może zastrzec, że pewne informacje w jego wniosku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak zastrzeżenie to musi być uczynione nie później niż w terminie składania wniosków. Konsorcjum nie poczyniło zastrzeżenia w stosunku do wykazu osób w terminie do składania wniosków. Po raz pierwszy takie zastrzeżenie uczyniło w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wniosku o wykaz osób. W ocenie odwołującego, zamieszczone w wykazie osób informacje nie wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy, jako poczynione po upływie terminu zawitego wskazanego w ustawie, nie może być skuteczne i zamawiający zobowiązany był do udostępnienia tych dokumentów odwołującemu.

6

Zamawiający złożył na posiedzeniu Izby odpowiedź na odwołanie z dnia 8 lipca 2011 r. Co do zarzutu pierwszego odwołania, dotyczącego braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, przez niezłożenie właściwego dokumentu potwierdzającego, iż nie orzeczono wobec podmiotu zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia w odniesieniu do członka Konsorcjum, podał, że Konsorcjum złożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenie z dnia 28 lutego 2011 r. prezesa zarządu spółki, potwierdzające brak orzeczenia zakazu, z poświadczeniem autentyczności podpisu przez notariusza. Zamawiający wezwał wykonawców pismem z dnia 28 marca 2011 r. do złożenia wyjaśnień, m.in. przez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy zgodnie z prawem miejsca złożenia oświadczenia, „poświadczenie autentyczności podpisu” jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”, alternatywnie w przypadku, gdy „poświadczenie autentyczności podpisu” nie jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”, zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym członek Konsorcjum - „SPECJALIZOWANE MONTAŚNE UPRAWLINIA Nr 24” Spółka Akcyjna Otwarta w Kijowie ma siedzibę, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się wskazanych dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed m.in. notariuszem.

Wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum oświadczyło, że zgodnie z prawem obowiązującym na terenie Ukrainy „poświadczenie autentyczności podpisu” jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przez notariuszem”. Zamawiający podniósł, że oświadczenie prezesa zarządu spółki zostało złożone papierze Ministerstwa Sprawiedliwości i wobec Ministerstwa, jako organu administracyjnego, które przyjął notariusz. Zamawiający działając w zaufaniu do wykonawcy, który jak wskazał „składa oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań”, uznał wyjaśnienia za wystarczające i potwierdzające spełnianie warunku.

W zakresie trzeciego zarzutu odwołania, drugi zarzut odwołujący cofnął na rozprawie, nie był więc on przedmiotem rozpoznania Izby, zamawiający podał, że w wyniku wezwania wykonawcy do wskazania osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy, Konsorcjum złożyło nowy wykaz osób przewidzianych do tej funkcji, z zastrzeżeniem, że stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnienia zostały złożone i wynika z nich, że dane osób wskazanych w wykazie znajdują podstawę prawną w ich ochronie, na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podał jednocześnie, że charakter współpracy z wymienionymi w wykazie osobami jest jedną z ważnych okoliczności pozwalających na

ubieganie się o uzyskanie zamówienia. Zamawiający uznał zastrzeżenia za zasadne.

W postępowaniu odwoławczym nie uczestniczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1.Nafta–Gaz–Serwis S.A. w Sanoku, 2.ZRUG TORUŃ S.A. w Toruniu, 3.ZRUG Zabrze Sp. z o.o. w Zabrzu, 4.„INSTALGAZ” Andrzej Szulc w Urbanowie, 5.„SPECJALIZOWANE MONTAŻNE UPRAWLINIA Nr 24” Spółka Akcyjna Otwarta w Kijowie (Konsorcjum), gdyż nie wykazali umocowania pełnomocnika do dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż złożył w wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i może liczyć na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało rozpoznane w zakresie dwóch zarzutów – pierwszego i trzeciego, drugi zarzut został cofnięty przez odwołującego na rozprawie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut co do niewłaściwej oceny wniosku Konsorcjum w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu i z tego powodu odwołanie zasługuje na uwzględnienie, natomiast nie znalazł potwierdzenia trzeciego zarzutu, co do zastrzeżenia przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa.

1.W zakresie zarzutu nie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez złożenie nieodpowiedniego dokumentu, co do braku zakazu ubiegania się o zamówienie, Izba ustaliła.

Odnosnie sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogów dotyczących wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego, zamawiający opisał w sekcji III.2.1), pkt 2 ppkt 5, ppkt 8.1) c i ppkt 9 ogłoszenia o zamówieniu, iż na potwierdzenie, że nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie (art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy), wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa odpowiedni dokument lub dokumenty, a jeżeli w kraju siedziby lub miejsce zamieszkania wykonawcy nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się je oświadczeniem złożonym m.in. przed notariuszem.

Konsorcjum załączyło oświadczenie z dnia 28 lutego 2011 r., które podpisał Prezes Zarządu Spółki Hutorow Serhij Petrowycz, że nie orzeczono wobec członka Konsorcjum SAO „Specjalizowane Montażne Uprawnienia Nr 24” zakazu ubiegania się o zamówienie. Pod pieczęcią spółki notariusz prywatny Kijowskiego Miejskiego Okręgu Notarialnego poświadczył autentyczność podpisu, złożonego w jego obecności (str.82-84 wniosku).

Zamawiający wskazując na wątpliwości w tym zakresie, zwrócił się do Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pismem z dnia 28 marca 2011 r.– „wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”, gdzie na str. 9-11 pisma w pkt 3 zamieścił wezwanie do złożenia wyjaśnień przez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy zgodnie z prawem miejsca złożenia oświadczeń (...) z dnia 28 lutego 2011 r. (...str. 84 wniosku) „poświadczenie autentyczności podpisu” jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”, alternatywnie w przypadku, gdy „poświadczenie autentyczności podpisu” nie jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”, zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu lub dokumentów, powtarzając opis z ogłoszenia o zamówieniu dotyczący wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i w dalszej treści powtórzył, że w razie, gdy nie wydaje się wskazanych dokumentów, zastępuje się je oświadczeniem złożonym m.in. przed notariuszem.

Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 r., zamieszczając w tym zakresie w pkt 8 następującą treść: „Informujemy, że zgodnie z prawem obowiązującym na terenie Ukrainy „poświadczenie autentyczności podpisu” jest tożsame z „oświadczeniem złożonym przed notariuszem”. Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 8 lipca 2011 r. – odpowiedź na odwołanie, że mając na uwadze, iż oświadczenie zostało złożone na papierze Ministerstwa Sprawiedliwości i przed organem administracyjnym Ukrainy – wobec

Ministerstwa Sprawiedliwości, które przyjął notariusz oraz działając w zaufaniu do wykonawcy, przyjął wyjaśnienia, jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Podniósł jednocześnie, że Konsorcjum składa oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

Odwolujący uzasadniał swoje stanowisko na rozprawie, że dla wykonawcy mającego siedzibę w Kijowie wydawane są dokumenty w zakresie orzekania o braku zakazu ubiegania się o zamówienie, wobec tego oświadczenie jest nieskuteczne. Ponadto, stwierdził, że oświadczenie załączone do wniosku jest wadliwe co do formy, gdyż nie zostało złożone przed notariuszem. Na potwierdzenie wydawania dokumentów na Ukrainie złożył dwa przykładowe zaświadczenia dotyczące innych spółek. Jedno wydane przez Sąd Gospodarczy miasta Kijów, w którym stwierdzono, że według stanu na dzień 21.09.2009 r. w stosunku do Otwartej Spółki Akcyjnej „Ukrstalkonstrukcja” (kod identyfikacyjny 01412868) i jego pracowników posadowych nie są wszczęte jakiegokolwiek postępowania świadczące o naruszeniu czynnego ustawodawstwa Ukrainy, regulującego przedsiębiorczą działalność na terenie Ukrainy, które pociągają za sobą odpowiedzialność karną oraz postępowania o ograniczeniu wzięcia udziału w zakupie towarów, robót i usług (przetargowych, konkursach itd.). Drugie zaświadczenie z dnia 01.09.2009 r. wydane zostało przez Woroszyłowski Sąd

9

Rejonowy m. Doniecka w sprawie Spółki z o.o. „Budownictwo Drogowe „ALTKOM”, o treści podobnej do pierwszego zaświadczenia.

Zamawiający zakwestionował zaświadczenia twierdząc, że nie są to informacje z rejestrów lecz potwierdzenie faktów dokonane na podstawie oświadczenia zainteresowanego podmiotu oraz, że nie wskazano w nich stosownej podstawy prawnej.

Odwolujący złożył również dwa wyciągi aktów prawnych Ukrainy. Wyciąg z ustawy Ukrainy „Na notariusza”, w której w sekcji II w art. 34 podano, że notariusze wykonują akty notarialne, m.in.: zagwarantowania autentyczności podpisów na dokumentach (pkt 11), składania oświadczeń osób fizycznych i podmiotów innych osób i osób prawnych (pkt 17). Drugi akt prawny to instrukcja Ministerstwa Sprawiedliwości Ukrainy o aktach notarialnych notariuszy Ukrainy.

Izba uznała, na podstawie zaświadczeń sądowych, których treścią jest jedynie potwierdzenie braku wszczęcia postępowań sądowych wobec wskazanych spółek na określonej dacie, że z uwagi na jednoznaczne zdefiniowanie wymogu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, nie można przyjąć, iż są one równoznaczne z orzeczeniem o braku zakazu ubiegania się o zamówienie. Natomiast z aktów prawnych Ukrainy wynika, że notariusze wykonują czynności, m.in. poświadczania autentyczności podpisu i przyjmowania oświadczeń składanych przez podmioty, podobnie zresztą jak w prawie polskim, w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie w art. 79 określono, że notariusz dokonuje następujących czynności: sporządza poświadczenia (pkt 2), (m.in. własnoręczności podpisów - art. 96 pkt 1 ustawy); sporządza, na żądanie stron, projekty aktów, oświadczeń i innych dokumentów (pkt 8). Z przywołanych przepisów wynika, że co do zasady, czynności notariuszy w przedmiotowym zakresie są rozdzielone.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2007 r. w sprawie sygn. akt V Ca 47/07 dotyczącej czynności potwierdzonej przez notariusza francuskiego, jednoznacznie stwierdził, że potwierdzenie złożenia podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, w oczywisty sposób nie jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem, co przewiduje § 2 ust 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), (rozporządzenie obowiązujące w dacie orzekania). Sąd wskazał, że zgodnie z prawem polskim, przyjęcie oświadczenia złożonego przed notariuszem powinno być potwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego (art. 104 § 3 i 4 Prawa o notariacie) oraz, że oświadczenie złożone na podstawie obcego prawa powinno być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego. Podniósł jednocześnie, że przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Podobnie w kwestii poświadczania autentyczności

podpisu orzekła Izba, przykładowo w wyrokach – z dnia 2 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1546/09 i z dnia 7 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 938, 997, 1035/10.

Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do złożenia wyjaśnień i alternatywnie uzupełnienia właściwych dokumentów, wyczerpując procedurę, jak należy uznać, z uwagi na przyjętą wykładnię jednokrotności takiej czynności.

Z przepisów ustawy wynika, że wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy dotyczy złożenia właściwych dokumentów lub/oraz wyjaśnień w przedmiocie złożonych dokumentów. Przepis nie wskazuje rodzaju dokumentów, jakie mogą być objęte wyjaśnieniami, nie wskazuje również zakresu wyjaśnień. Można więc uznać, że wyjaśnieniom podlega każda wątpliwość dotycząca złożonych dokumentów, lecz w granicach możliwości wykonawcy.

Z pisma zamawiającego wynika, że w pierwszej kolejności wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie urzędowych czynności notarialnych, a w drugiej do złożenia właściwego dokumentu. Na zasadzie wyboru w przedstawionym żądaniu alternatywnym, Konsorcjum złożyło informację twierdzącą, nie popartą żadnymi dowodami. Wobec wskazania tożsamości czynności notarialnych, która nie wynika z załączonego do wniosku oświadczenia wykonawcy, a w świetle przytoczonych przepisów oraz orzecznictwa, w szczególności wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, czynności takie są odrębne, zdaniem Izby, zamawiający powinien dokonać oceny merytorycznej wniosku wraz z wyjaśnieniem, w kontekście kryteriów kwalifikacji podmiotowej wykonawców wynikających z ogłoszenia o zamówieniu. Uwzględnienie wyjaśnienia wyłącznie na zasadzie zaufania do wykonawcy i przekonania, że zostało złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, powoduje, iż ocena wniosku nie została dokonana na podstawie wskazanych kryteriów.

Podnieść należy, że zamawiający ma możliwość skorzystania z dodatkowego uprawnienia w zakresie oceny dokumentów składanych przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż w razie wątpliwości co do treści złożonego dokumentu, może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu - § 4 ust. 4 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.

11

Należy mieć też na uwadze, że zgodnie z zasadą wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy o równym traktowaniu wykonawców, zamawiający zobowiązany jest do oceny podmiotowej wszystkich wykonawców w sposób jednakowy, określony w ogłoszeniu o zamówieniu, wynikający z aktualnego rozporządzenia wykonawczego w sprawie rodzajów dokumentów (...)

3. W zakresie trzeciego zarzutu Izba ustaliła, że z wyjaśnień odwołującego wynika, iż istotę zarzutu stanowi przede wszystkim fakt zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. po upływie terminu zawitego, jak określił odwołujący, wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy. Konsorcjum, składając na wezwanie zamawiającego, po upływie terminu składania wniosków, nowy wykaz osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierownika budowy, zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa. Na wezwanie zamawiającego w tej kwestii, Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, które zamawiający uznał za wiążące wobec zamieszczenia w wykazie danych osób przewidzianych do pełnienia wskazanej funkcji i wskazania rodzaju współpracy.

W ocenie Izby, przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowiący o możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy rozumieć w ten sposób, że wskazany termin dotyczy wyłącznie dokumentów składanych wraz z ofertą lub wnioskiem. Zastrzeżenia terminu nie sposób odnieść do dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego w toku postępowania, jako dokumentów nie istniejących w terminie wskazanym w art. 8 ust. 3 ustawy. Pogląd odwołującego wynikający z innej interpretacji, przeczy możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji składanych w toku badania i oceny wniosków czy

ofert, mimo, że informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, podobnie w wyroku Izby z dnia 12 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 691/11. Z postępowania odwoławczego nie wynika, że odwołujący występował do zamawiającego o udostępnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i spotkał się z odmową udostępnienia. Zatem, zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

12

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

13