

Sygn. akt: KIO 1375/11
KIO 1376/11

WYROK
z dnia 13 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2011 r. odwołań wniesionych 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, STALBUD Tarnów Sp. z o.o. w Mikołajowicach, JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS – BUD spółki z o.o. w Rypinie, Gazobudowa Poznań spółki z o.o. w Poznaniu, ALTIS – HOLDING w Kijowie – zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1375/11 oraz KIO 1376/11 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniach na „Budowę gazociągu DN 700 Szczecin-Gdańsk, etap I gazociąg DN 700 Płoty-Karlino” oraz „Budowę gazociągu DN 700 Gustorzyn-Odolanów: etap I - gazociąg DN 700 Gustorzyn - Turek, etap II - gazociąg DN 700 Turek - Odolanów”, wykluczenie z tych postępowań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS – BUD spółki z o.o. w Rypinie, Gazobudowa Poznań spółki z o.o. w Poznaniu, ALTIS – HOLDING w Kijowie;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie i:

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Control Process S.A. w Krakowie, STALBUD Tarnów Sp. z o.o. w Mikołajowicach, JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od obu odwołań, w tym po 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z odwołań;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Control Process S.A. w Krakowie, STALBUD Tarnów Sp. z o.o. w Mikołajowicach, JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie kwotę 47 200 zł 00 gr (słownie: czterdziestu siedmiu tysięcy dwustu złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowań odwoławczych poniesione z tytułu wpisów i wynagrodzeń pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1375/11
KIO 1376/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę gazociągu DN 700 Szczecin-Gdańsk, etap I gazociąg DN 700 Płoty-Karlino” (postępowanie w sprawie KIO 1375/11) oraz na „Budowa gazociągu DN 700 Gustorzyn-Odolanów: etap I - gazociąg DN 700 Gustorzyn - Turek, etap II - gazociąg DN 700 Turek - Odolanów” (postępowanie w spr. KIO 1376/11) z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2011r., pod nr 2011/S 29-048410 oraz 2011/S 29-048409.

Odwołujący w dniu 15 czerwca 2011 r. otrzymał od Zamawiającego za pośrednictwem kuriera pismo informujące o wynikach oceny spełniania warunków w każdym z przedmiotowych postępowań, zaś w dniu 28 czerwca 2011r. wniósł odwołania wobec czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniach oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum: IDS-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Rypinie, Gazobudowa-Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Korporacja „Altis-Holding” z siedzibą w Kijowie w każdym z tych postępowań.

W każdym z odwołań Odwołujący podniósł identyczne zarzuty oraz uzasadniającą je argumentację a także żądania.

Odwołujący zarzucił naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 51 ust. 1 ustawy, poprzez zaproszenie do złożenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożyło oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy oraz § 4 ust. 1 pkt 1 c) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD, które nie złożyło dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

3

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i w każdym z postępowań o:

- 1) unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) nakazanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z postępowania,
- 3) ponowne dokonanie czynności oceny spełniania warunków i poinformowanie wykonawców o wynikach oceny spełnienia tych warunków oraz zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu każdego z odwołań Odwołujący podał:

- do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniach dla Przystępującego załączone zostały, w odniesieniu do podmiotu Korporacja „Altis-Holding” w Kijowie, jedynie oświadczenia z dnia 10.01.201 r. Generalnego Dyrektora tego podmiotu, że nie wydano orzeczenia sądowego, dotyczącego zakazu uczestnictwa w przetargach (zamówieniach państwowych), Zamawiający stwierdził, że rzeczono oświadczenia nie zostały złożone przed notariuszem, a jedynie poświadczane przez notariusza w dniu 10 stycznia 2011r. i wezwał do uzupełnienia dokumentów; pomimo wezwania Zamawiającego Konsorcjum IDS-BUD nie uzupełniło dokumentów, z których wynikałby brak orzeczenia wobec Korporacji „Altis-Holding” z siedzibą w Kijowie zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, a jedynie złożyło ponownie te same oświadczenia. Z dalszych czynności oceny uzupełnień wynika, że Zamawiający uznał uzupełnienia za prawidłowe, mimo, że wcześniej uważał, że - złożone we

wnioskach oświadczenia są wadliwe co do formy, bowiem nie zostały one złożone przed notariuszem. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia jest nieskuteczne w sytuacji, gdy w kraju, w którym Korporacja „Altis-Holding” w Kijowie ma siedzibę, wydawane są dokumenty w tym zakresie. Ponadto - jak zauważył sam Zamawiający na etapie oceny wniosku - złożone we wnioskach oświadczenia są wadliwe co do formy, bowiem nie zostały złożone przed notariuszem. Wezwanie do uzupełnienia dokumentu - zgodnie z jednolitym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej - jest czynnością jednokrotną, zatem wobec braku złożenia wymaganych w Ogłoszeniach o zamówieniach dokumentów Konsorcjum IDS-BUD podlega wykluczeniu z postępowania.

- Zamawiający w Sekcji III.2.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu wymagał, aby wykonawca posiadał wdrożony (ważny) certyfikowany system zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważny oraz budowy sieci gazowych, BHP, i ochrony środowiska. Konsorcjum IDS-BUD we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniach nieложиło dokumentu na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, dlatego też Zamawiający wezwał tego wykonawcę do jego uzupełnienia; w wyniku uzupełnienia Konsorcjum IDS-BUD зложиło m.in. Certyfikat UDT (spawalnictwo), Nr CSW/082/2009 ważny do 11.08.2012r. Jednak dokument ten jest niekompletny, bowiem brak jest załącznika do zakresu certyfikacji. Zatem Zamawiający nie był w stanie dokonać

oceny spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu i choćby stwierdzić, czy mamy do czynienia z „wymaganiami pełnymi”.

- Ponadto, Konsorcjum IDS-BUD w wyniku uzupełnienia зложиło Zezwolenie na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie wydane przez Państwowy Komitet Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego, Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego (dla UKRSTALKONSTRUKCJA) oraz Informację (z dn. 04.04.2011) z Państwowego Komitetu Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego - że Zezwolenie jest równoważne z certyfikatem zarządzania jakością spawalnictwa zgodnie z normami 3834-02, oraz obejmuje bezpieczeństwo i ochronę pracy oraz środowisko. Z tego dokumentu - w ocenie Odwołującego - również nie sposób zweryfikować i dokonać oceny, czy wykonawca spełnił warunek „pełnych wymagań” dla zakresu spawalnictwa.

- Niezależnie od powyższego - zdaniem Odwołującego - ww. zezwolenie, wydane dla UKRSTALKONSTRUKCJA, nie może być przedmiotem udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. śdanego przez Zamawiającego, w Sekcji III.2.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, wdrożonego (ważnego) certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważnego oraz budowy sieci gazowych, BHP, i ochrony środowiska, nie sposób go bowiem uznać za wiedzę i doświadczenie czy potencjał techniczny. Z tych też względów posługiwanie się certyfikatami i zezwoleniami innych niż wykonawca podmiotów - na zasadzie udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy - jest niedozwolone i w efekcie nieskuteczne. Wobec braku wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu i złożenia niekompletnego dokumentu, Konsorcjum IDS-BUD podlega wykluczeniu z postępowania.

- 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 IDS-BUD зложиło wykaz osób dopiero w wyniku wezwania do jego uzupełnienia, który nie zawiera w kolumnie „Posiadane uprawnienia” wskazania tych uprawnień, a jedynie informację o posiadaniu Certyfikatu Kompetencji NR CP/1NŚ./00441/2009/3 (...). Na ponowne wezwanie Zamawiającego Konsorcjum przedложиło Certyfikat Kompetencji Europejskiego Inżyniera Spawalnika oraz Dyplom Europejskiego Inżyniera Spawalnika. Z dokumentów w tym zakresie (wykazu osób, certyfikatu oraz dyplomu) nie wynika, że wskazana osoba posiada uprawnienia europejskiego inżyniera spawalnika wg wymaganych przez Zamawiającego norm. Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało również, że zaoferowało uprawnienia

równoważne, nie wykazało zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co powoduje, iż podlega ono wykluczeniu z obu postępowań.

Po stronie Zamawiającego do obu postępowań odwoławczych przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IDS – BUD spółka z o.o. w Rypinie, Gazobudowa Poznań spółka z o.o. w Poznaniu, ALTIS – HOLDING w Kijowie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięć na korzyść Zamawiającego. W przystąpieniach podjęta została polemika z argumentacją zawartą w obu odwołaniach:

- wskazano na szereg orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą na kanwie wyroku Sądu Okręgowego V Ca 47/07, które doprecyzowały kwestię ważności oświadczeń złożonych przed notariuszem: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2008 r. w spr. KIO/UZP 297/08, w spr. KIO/UZP 36/10, w spr. KIO/UZP 330/09, w spr. KIO/UZP 1965/10. Wobec powyższego – zdaniem Przystępującego – przedstawione w postępowaniach oświadczenia są zgodne z Rozporządzeniem oraz spełniają określone w przytoczonym przez Zamawiającego Wyroku Sądu Okręgowego przesłanki, gdyż z pieczęci notariusza wynika, że oświadczenie zostało podpisane własnoręcznie w obecności notariusza, oraz że tożsamość, zdolność do czynności prawnych oraz uprawnienia do złożenia oświadczenia przez Pana Maksyma Z. zostały przez notariusza potwierdzone. W przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści dokumentów składanych przez wykonawców w toku postępowania, ma on obowiązek ich wyjaśnienia. Jednakże w tym przypadku Wykonawca nie mógł przedstawić innego dokumentu, gdyż załączone do wniosku oświadczenie, co do którego Zamawiający powziął wątpliwości, było dokumentem prawidłowym, zgodnym z Rozporządzeniem. Dlatego też do odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia załączono ponownie te same oświadczenia, oraz, z ostrożności, obszernie wyjaśnienia potwierdzające prawidłowość dokumentu o którym mowa powyżej. To, że Zamawiający nie wykluczył Przystępującego z postępowania świadczy tylko i wyłącznie o tym, iż uznał wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę za wystarczające a dokument oświadczenia za właściwy, zgodny z rozporządzeniem. Dlatego też żądanie Odwołującego dotyczące wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD jest bezpodstawne. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Wykonawcy nie są związani wezwaniem do uzupełnienia dokumentów skierowanym do nich przez zamawiającego. Nawet brak odpowiedzi na tego typu wezwanie nie stanowi samoistnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykonawca zobowiązany jest jedynie do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z ustawą oraz siwz, i tylko w przypadku uchybienia temu obowiązкови podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp” (KIO/UZP 1464/10 z dnia 29 lipca 2010r.). „Izba wskazuje, iż w ustawie brak jest samoistnej przesłanki wykluczenia z powodu nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym

mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierały błędy, z, zastrzeżeniem art. 26 ust. 3. Regulacji powołanego przepisu nie należy czytać niejako „od końca” - przepis ten w odniesieniu do art. 26 ust. 3 stanowi jedynie, iż nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy bez uprzedniego umożliwienia uzupełnienia mu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. nieoprotestowane wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, nie zwalnia zamawiającego z konieczności prawidłowego zastosowania stanowiącego podstawę wykluczenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. ocenienia czy dokumenty takie nie zostały złożone pierwotnie (np. już z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i nie sanuje jego zaniechania i nieprawidłowej oceny w tym zakresie. Ujmując powyższe inaczej: w przypadku przedłożenia już wraz z ofertą prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dalsze żądanie uzupełniania dokumentów przez zamawiającego (i brak ich uzupełnienia) pozostaje bez znaczenia dla stwierdzenia nieprawidłowości zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.” (KIO/UZP 1798/09 oraz KIO/UZP 1838/09 z dnia 12 lutego 2010r.). „śaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zabrania wykonawcy wezwanemu w trybie art. 26 ust. 3 jeszcze raz złożyć takie same dokumenty, co pierwotnie załączone do oferty.” (KIO/UZP 2787/10 z dnia 11 stycznia 2011r.).

- W celu ukazania bezzasadności zarzutów Odwołującego, Przystępujący zaprezentował

podział na kilka grup norm dotyczących spawania materiałów metalowych. Są to, m.in.:

- a) PN – EN 3834-2 Wymagania jakości dotyczące spawania materiałów metalowych. Część 2: Pełne wymagania jakości;
- b) PN-EN 3834-3 Wymagania jakości dotyczące spawania materiałów metalowych: Część 2: Standardowe wymagania jakości;
- c) PN-EN 3834-4 Wymagania jakości dotyczące spawania materiałów metalowych: Część 2: Podstawowe wymagania jakości.

Dlatego też Konsorcjum IDS-BUD przedstawiając „Zezwolenie na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie” Nr 2327.08.32-45.21.1 wydane

UKRSTALKONSTRUKCJA, które jest równoważne z certyfikatami zarządzania jakością spawalnictwa zgodnie z normami EN 3834-2 (obejmując również bezpieczeństwo i ochronę pracy oraz ochronę środowiska) spełniło warunek „pełnych wymagań” dla zakresu spawalnictwa, gdyż norma EN 3834-2 dotyczy tylko i wyłącznie pełnych wymagań jakości, z czego Zamawiający, działający na rynku jako profesjonalista, musiał zdawać sobie sprawę i dlatego zapewne nie wzywał Konsorcjum IDS-BUD do dalszych wyjaśnień bądź uzupełnień.

- co do argumentacji odwołań, iż zezwolenie wydane dla UKRSTALKONSTRUKCJA nie może być przedmiotem udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy, gdyż nie sposób certyfikatu tego uznać ani za wiedzę i doświadczenie ani za potencjał techniczny, to twierdzenie, stoi w sprzeczności z poglądami doktryny i utrwalonym orzecznictwem, a Odwołujący w żaden sposób go nie uzasadnił.

- Sam Zamawiający umieścił w ogłoszeniu o zamówieniu wymóg posiadania wdrożonego certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg normy EN 3834-2 w punkcie 2 sekcji III.2.3 dotyczącym zdolności technicznej dodając na końcu tej sekcji zapis, iż *Wykonawca wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w Sekcji III.2.3 pkt 1 - 3 może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy*. Nie wniesiono w stosownym terminie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, więc powoływanie się przez Odwołującego na tę okoliczność na obecnym etapie jest nieuprawnione, pomijając merytoryczną niezasadność jego twierdzeń.

- Zamawiający, działając na rynku jako profesjonalista, posiadając w tym zakresie niezbędną wiedzę, słusznie ocenił, iż przedstawiony przez Konsorcjum IDS-BUD Certyfikat Kompetencji nr CP/INŚ/00441/2009/3 złożony na wezwanie spełnia wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Z ostrożności, Przystępujący zwrócił się do Instytutu Spawalnictwa z siedzibą w Gliwicach - wystawcy Certyfikatu Kompetencji o którym mowa powyżej, o potwierdzenie, iż dokument ten potwierdza posiadanie przez wskazaną osobę uprawnień europejskiego inżyniera spawalnika wg norm PN-EN 719:1999 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008. W odpowiedzi Przystępujący został poinformowany, iż Ośrodek Certyfikacji Instytutu Spawalnictwa jest autoryzowaną przez Europejską Federację Spawalniczą jednostką krajową do egzaminowania i certyfikowania personelu nadzoru spawalniczego. Egzaminowanie i certyfikowanie jest prowadzone w oparciu o wytyczne EWF. Krajowym dokumentem, opracowanym na bazie dokumentów EWF i zaakceptowanym przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA), w oparciu o który prowadzone jest egzaminowanie i certyfikowanie personelu spawalniczego są wytyczne Instytutu Spawalnictwa nr W-01/IS-74 „Międzynarodowy/Europejski Inżynier Spawalnik. Program szkolenia oraz zasady egzaminowania i kwalifikowania”. Osoba posiadająca wydany przez Ośrodek Certyfikacji Instytutu Spawalnictwa Certyfikat Kompetencji spełnia wymagania normy PN-EN ISO 14731:2006 na poziomie Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika, na co przedłożono pismo Instytutu Spawalnictwa znak: IC/448/2011 z dnia 01.07.2011r.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż nie podtrzymuje zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. posiadania odpowiednich uprawnień spawalniczych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w tym w ogłoszenia publicznego, szczególności postanowienia o zamówieniu, wniosek Przystępującego wraz z uzupełnieniem dokumentów, jak

również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika a także złożone dowody złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego skutkować może w dalszej perspektywie czasu uzyskaniem przez Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowych zamówień.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów, dopatrzone zostały takie naruszenia.

I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

1. W odniesieniu do wskazanej w odwołaniu podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania, to jest niezłożenia właściwego dokumentu na potwierdzenie, że nie orzeczono wobec ALTIS HOLDING w Kijowie zakazu ubiegania się o zamówienie:

W sekcji 111.2 Ogłoszeń o zamówieniach - WARUNKI UDZIAŁU, Zamawiający postawił wymagania, 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 Ogłoszeń o zamówieniu).

Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępującego załączone zostały, w odniesieniu do podmiotu Korporacja „Altis-Holding” w Kijowie, oświadczenia z dnia 10 stycznia 2011 r. Generalnego Dyrektora Korporacji, że nie wydano orzeczenia sądowego dotyczącego zakazu uczestnictwa w przetargach (zamówieniach państwowych) Zamawiający wezwał pismem z dnia 28 marca 2011r. Przystępującego do uzupełnienia

dokumentu w § 4 ust. 1 pkt 1 c) Rozporządzenia: „Dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym Wykonawca, tj. KORPORACJA „ALTIS -HOLDING” ma siedzibę, tj. na Ukrainie potwierdzających, że nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie. Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca, tj. KORPORACJA „ALTIS – HOLDING” 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 kraju, w którym Wykonawca, tj. KORPORACJA „ALTIS – HOLDING” ma siedzibę, tj. na Ukrainie. Ww. dokument powinien potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Sekcji III.2.1) pkt I ogłoszenia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, tj. 7 września 2010 r. i nie później niż 7 marca 2011 r.”

Przystępujący ponownie złożył te same dokumenty, które uprzednio zawarł we wnioskach.

W odniesieniu do powyższych ustaleń faktycznych, uznano, iż w postępowaniu nie wykazano, by na Ukrainie wydawano dokumenty potwierdzające, iż wobec osoby nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 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, a w takiej sytuacji – zgodnie z § 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt 1 c) rozporządzenia, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Odwołujący dla wykazania tezy, że na Ukrainie wydaje się dokumenty urzędowe potwierdzające, że nie orzeczono wobec osoby zakazu ubiegania się o zamówienia złożył dwa zaświadczenia wydane wobec konkretnych podmiotów przez Sąd Gospodarczy Miasta Kijowa oraz przez Woroszyłowski

Sąd Rejonowy m. Doniecka. Powołał się także na taką tezę zawartą w publikacji *Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Komentarz do 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*, pod red. W. Dzierżanowskiego, Grupa Doradcza Sienna, Warszawa 2009), zgodnie z którą na Ukrainie wydaje się dokumenty na potwierdzenie, że wobec osoby nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia pochodzące z Rejestru niekaralności podmiotów zbiorowych.

Na potwierdzenie stanowiska przeciwnego Przystępujący złożył opinię Międzynarodowego Biura Prawniczego w Kijowie, w której podano: „*obowiązujące ustawodawstwo Ukrainy nie przewiduje wydania przez jakikolwiek organ państwowy lub inny*

10

organ dokumentów, które potwierdzają, że w stosunku do podmiotu działalności gospodarczej, osoby prawnej lub osoby fizycznej orzeczono o zakazie udziału w licytacjach giełdowych, konkursach lub przetargach (przetargach publicznych). Dana informacja może zostać potwierdzona w formie oświadczenia Dyrektora Generalnego firmy potwierdzonego przez notariusza. Na Ukrainie nie przewiduje się wydanie danego rodzaju zaświadczenia w związku z brakiem organu, który posiada prawo na jego publikację. Ogólne wymagania dotyczące dokumentacji przetargowej na Ukrainie zostały wyłożone w Art. 1, 20 i 21 Ustawy Ukrainy «o zakupie towarów, robót i usług ze środków państwowych». Obowiązujące ustawodawstwo Ukrainy nie przewiduje obowiązkowego przedstawiania danego rodzaju zaświadczenia.»

Zamawiający argumentował nadto, iż o fakcie, że na Ukrainie nie wydaje się dokumentów urzędowych w przedmiocie nie orzeczenia wobec osoby zakazu ubiegania się o zamówienia wnioskował na podstawie oświadczenia notariusza zawartego we wniosku innego wykonawcy, gdzie wskazano, że na Ukrainie nie prowadzi się tego rodzaju rejestrów.

Dano wiarę w powyższym zakresie stanowisku zaprezentowanemu przez Przystępującego i złożonej przez niego opinii prawnej, przed zaświadczeniami złożonymi przez Odwołującego. Z treści tej opinii wynika, iż porządek prawny Ukrainy nie przewiduje wydawania zaświadczeń, w przedmiocie, czy w stosunku do podmiotu działalności gospodarczej, osoby prawnej lub osoby fizycznej orzeczono o zakazie udziału w licytacjach giełdowych, konkursach lub przetargach (przetargach publicznych), w związku z brakiem organu, który posiada kompetencje do publikacji takich informacji.

Uwzględniono w tej mierze okoliczność, że złożone przez Odwołującego dwa zaświadczenia wydane wobec konkretnych podmiotów przez Sąd Gospodarczy Miasta Kijowa oraz przez Woroszyłowski Sąd Rejonowy m. Doniecka nie wskazują wyraźnie i jednoznacznie na fakt nieorzeczenia wobec wskazanych w nich osoby zakazu ubiegania się o zamówienia, a jedynie na to, że „według stanu na dzień 21.09.2009 w stosunku do Otwartej spółki Akcyjnej „Ukrstalkonstrukcja” (...) i jego pracowników posadowych nie są wszczęte jakiejkolwiek postępowania świadczące o 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 (przetargach, konkursach i t.d.)” oraz: „w stosunku do Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „Budownictwo Drogowe „ALTKOM” (kod identyfikacyjny 32794511) oraz udziałowców i władz Spółki nie są wszczęte jakiejkolwiek postępowania (cywilne, karne, administracyjne), świadczące o naruszeniu czynnego ustawodawstwa Ukrainy, regulującego finansową, gospodarczą i inną działalność, które pociągają za sobą odpowiedzialność karną. Poza tym w stosunku do Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

11

„Budownictwo Drogowe „ALTKOM” nie są wszczęte jakiejkolwiek postępowania (cywilne, karne, administracyjne) o ograniczeniu wzięcia udziału w przetargach. Zaświadczenie wydano w celu przedłożenia stosownym władzom.»

Ewentualnie wydawane zaświadczenia – tak jak te złożone na rozprawie przez Odwołującego – nie odpowiadają zatem treści przepisu: nie potwierdzają braku orzeczenia wobec osoby zakazu ubiegania się o zamówienia, a tylko fakt niewszczęcia takich postępowań. Przyjęto, że Odwołujący nie wykazał, by na Ukrainie wydawane były dokumenty o treści wymaganej przepisami, to jest, że wobec podmiotu nie orzeczono zakazu

ubiegania się o zamówienie publiczne. Zwrócić trzeba w tym miejscu uwagę na dostrzegalną niespójność stanowiska Odwołującego w powyższym zakresie – jeśli przyjąć, że Odwołującym, w oparciu o tezy zaprezentowane w publikacji *Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Komentarz do 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*, pod red. W. Dzierżanowskiego, że na Ukrainie funkcjonuje rejestr, na podstawie którego wydawane są odpowiednie zaświadczenia to i złożone w celach dowodowych dwa zaświadczenia powinny pochodzić z takiego rejestru, albo w treści choćby nawiązywać do takiego źródła. Tymczasem kształt i treść przedmiotowych zaświadczeń wydanych na wnioski zainteresowanych podmiotów, złożonych przez Odwołującego na rozprawie wskazuje, że stanowią one raczej jednostkowo uzyskane zaświadczenia na podstawie danych danego sądu, a nie pochodzących z danego rejestru.

Okoliczność uzyskania w konkretnych okolicznościach od jednostkowych sądów zaświadczeń nie oznacza jeszcze, że takie dokumenty są wydawane, że jest to stała, ustandaryzowana praktyka, że każdorazowo, gdy zainteresowany podmiot zwróci się o wydanie takiego dokumentu właściwy organ lub sąd będzie obowiązany go wystawić. W świetle brzmienia § 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*, wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza Polską obowiązany jest złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju siedziby lub miejsca zamieszkania potwierdzające odpowiedni stan rzeczy (tutaj: fakt nieorzeczenia wobec osoby zakazu ubiegania się o zamówienie). Chodzi tu zatem o dokumenty wydawane w ramach pewnej stałej usystematyzowanej procedury przez właściwe do tego organy, gdzie istnieje jednolita, wynikająca z odpowiednich przepisów ścieżka uzyskiwania tego rodzaju dokumentów i przypisana odpowiednim organom właściwość do dokonywania tego rodzaju czynności – tryb uzyskiwania tego rodzaju informacji. Z treści złożonych przez Odwołującego

zaświadczeń nie wynika nawiązanie do funkcjonującego odpowiedniego rejestru, do odpowiednich regulacji, na podstawie których wystawiono zaświadczenia, wreszcie ich treść pozwala wnioskować, że każde z nich wystawił inny sąd: Sąd Gospodarczy Miasta Kijowa oraz Woroszyłowski Sąd Rejonowy m. Doniecka. Odwołujący nie wykazał w powyższym zakresie aktywności dowodowej, zmierzającej do wykazania, iż na Ukrainie funkcjonują regulacje, na podstawie których wydawane są tego rodzaju dokumenty, co skutkowało uznaniem, iż nie potwierdziły się w tej mierze zarzuty stawiane w odwołaniu, iż złożone przez Przystępującego oświadczenia przed notariuszem nie mogą być brane pod uwagę, skoro w kraju, w którym Korporacja „Altis-Holding” w Kijowie ma siedzibę, wydawane są dokumenty w tym zakresie.

Nie podzielono także argumentacji odwołań, iż złożone w ofercie Przystępującego oświadczenia nie mogą być uznane z uwagi na ich treść, to jest że poświadczają jedynie podpis a nie treść oświadczenia. Oświadczenia te mają następujące brzmienie (w tłumaczeniu): „OŚWIADCZENIE. Ja, Z. Maksym Wołodymyrowicz, Generalny Dyrektor Korporacji „ALTIS - HOLDING” (...), informuję, że w stosunku do Korporacji „ALTIS - HOLDING” nie jest prowadzona procedura likwidacji czy bankructwa i nie wydano orzeczenia sądowego dotyczącego zakazu uczestniczenia w przetargach (zamówieniach państwowych). 10.01.2011r. Z. Maksym Wołodymyrowicz (podpis nieczytelny) (Obok okrągła pieczęć identyfikująca ALTIS – HOLDING). Pod tym oświadczeniem notariusz podał: „Ja, Sydorenko A.W. prywatny notariusz Kijowskiego Miejskiego Okręgu Notarialnego, poświadczam, że niniejszy dokument podpisał własnoręcznie w mojej obecności Generalny Dyrektor Korporacji „ALTIS - HOLDING” Z. Maksym Wołodymyrowicz. Tożsamość pełnomocnika, jego zdolność do czynności prawnych i uprawnienia zostały przeze mnie sprawdzone”.

Z treści opisanych oświadczeń wyraźnie wynika, że nie stanowią one jedynie potwierdzenia przez notariusza tożsamości osoby składającej oświadczenie, potwierdzenia jej podpisu. Treść oświadczeń nie budzi wątpliwości i odpowiada ona wymaganiu stawianemu przez przepisy Prawa zamówień publicznych. Zawiera ona niezbędne z tego punktu widzenia oświadczenia osoby je składającej (tutaj: pana Z. Maksyma Wołodymyrowicza). Nie ulega przecież wątpliwości, że w świetle przepisów *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 mają to być oświadczenia osoby zainteresowanej a nie notariusza, choć przez niego spisane, czy przed nim złożone. Notariusz w przedmiotowym zakresie potwierdził tożsamość osoby składającej oświadczenie, podał nadto, że zweryfikował tożsamość pełnomocnika, jego zdolność do czynności prawnych i uprawnienia. Nie bez znaczenia pozostaje tutaj wzmianka uczyniona w treści dokumentu sporządzonego przez notariusza:

13

„poświadczam, że niniejszy dokument podpisał własnoręcznie w mojej obecności Generalny Dyrektor Korporacji „ALTIS - HOLDING” Z. Maksym Wołodymyrowicz.” Powyższe wyczerpuje zatem wymaganie stawiane przepisami, by oświadczenie zostało złożone przed notariuszem, skoro notariusz w sporządzonym przez siebie dokumencie wyraźnie podał, że oświadczenie Pana Z. Maksyma Wołodymyrowicza zostało w jego obecności podpisane, co jest przecież równoznaczne z jego złożeniem przed notariuszem.

Nie odbiera powyższego waloru argumentacja prezentowana przez Odwołującego na podstawie złożonych fragmentów ukraińskich aktów prawnych dotyczących notariatu, że na Ukrainie również potwierdzenie podpisu osoby ma postać aktu notarialnego. Jak wykazano wyżej, analiza treści oświadczenia złożonego przez Pana Z. Maksyma Wołodymyrowicza w dniu 10 stycznia 2011 r. przed notariuszem pozwala uznać, że notariusz nie tylko potwierdził podpis, zdolność do czynności prawnych, ale także że przed nim złożono oświadczenie. Bez znaczenia pozostaje zatem forma potwierdzania przez notariusza podpisu osoby.

Z tego względu nie podzielono stawianych w odwołaniu zarzutów naruszenia 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, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD, które nie złożyło dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec Niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

2. Podzielono, w opisanym niżej zakresie, zarzuty odwołania wskazujące na niewykazanie przez Przystępującego wymagania dotyczącego posiadania wdrożonego (ważnego) certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważnego oraz budowy sieci gazowych, BHP, i ochrony środowiska.

W powyższym zakresie zamawiający w Sekcji III.2.3) pkt 2 Ogłoszeń o zamówieniu postawił wymaganie, aby wykonawca posiadał wdrożony (ważny) certyfikowany system zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważny oraz budowy sieci gazowych, BHP, i ochrony środowiska. Przystępujący w złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniach nie złożył takich dokumentów, a następnie w wyniku uzupełnienia na wezwanie przedłożył: Certyfikaty Nr CSW/082/2009 ważne do 11.08.2012r., oraz Zezwolenia na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie wydane przez Państwowy Komitet Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego, Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego (dla UKRSTALKONSTRUKCJA) oraz Informację z 4 kwietnia 1011 r. z Państwowego Komitetu Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego - że Zezwolenia są równoważne z certyfikatem zarządzania

14

jakością spawalnictwa zgodnie z normami 3834-02, oraz obejmuje bezpieczeństwo i ochronę pracy oraz środowisko.

Jednocześnie Przystępujący złożył w ramach uzupełnienia wniosków na wezwanie Zamawiającego zobowiązania do udostępnienia zasobów wystawione przez „UKRSTALKONSTRUKCJA” OTWARTA S.A., w którym podmiot ten, oświadczył, iż „zobowiązujemy się do oddania wykonawcy, tj. Konsorcjum Firm: IDS-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Rypinie, ul. Bielawki 7, 87-500 Rypin, Gazobudowa – Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Panny Marii 1, 61 – 108 Poznań i Korporacja „Altis – Holding” z siedzibą w Kijowie ul. Kaczałowa 5, 03146 Kijów do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie: 1. wiedzy i doświadczenia; 2. Osób zdolnych do wykonania zamówienia, 3. potencjału technicznego, 4. zdolności finansowej, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu

zamówienia.

Podał także – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, poprzez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie: „Jaką część zamówienia będzie realizował Podmiot, tj. „UKRSTALKONSTRUKCJA” OTWARTA S.A.” - iż *Podmiot, tj. „UKRSTALKONSTRUKCJA” OTWARTA S.A. będzie realizowała prace związanych z robotami przygotowawczymi, doradztwem, nadzorem technicznym oraz część robót budowlano – montażowych, w tym spawalniczych.*

W formularzach – wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Przystępujący zawarł oświadczenia (pkt 3 wniosków): *Oświadczamy, iż wykazując spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych będziemy polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy): Podmiot nr 1 „UKRSTALKONSTRUKCJA” OTWARTA S.A., adres (...) (Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, zdolnościach finansowych podmiotu nr 1). Podmiot nr 1 będzie brał udział w realizacji części zamówienia.”.*

Biorąc pod uwagę zaprezentowane wyżej ustalenia, uznano, że Przystępujący w przedmiotowych postępowaniach o zamówienia publiczne nie wykazał spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli chodzi o Certyfikat Nr CSW/082/2009 wystawiony przez Urząd Dozoru Technicznego – Jednostkę Certyfikującą Systemy Zarządzania UDT-CET dla GAZOBUDOWY – Poznań sp. z o.o. dotyczący *wdrożenia i stosowania systemu jakości zgodnego z normą PN-EN ISO 3834-2:2007*, co do którego nie złożono załącznika pozwalającego dokonać oceny zakresu certyfikacji systemu jakości w spawalnictwie, to istotnie, wniosek Przystępującego nie pozwala – wobec braku rzeczzonego załącznika dokonać takiej oceny. Nie może stanowić podstawy do takiego uznania odwołanie się przez

Zamawiającego do własnej wiedzy w tym zakresie (niejako uznania, że jest to fakt znany Zamawiającemu „z urzędu”), to jest podniesione na rozprawie twierdzenie, że *brak załącznika dotyczącego zakresu certyfikacji nie był przeszkodą dla oceny dokumentu, bowiem Zamawiający dysponuje tym załącznikiem z wniosku Przystępującego złożonego w innym postępowaniu.* Powyższa praktyka Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Nie sposób uznać, by na podstawie wiedzy Zamawiającego z innego postępowania (Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wiedzę o zakresie spornej certyfikacji posiada na podstawie dokumentu złożonego w innym postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w maju tego roku), uzyskanej przy tym po terminie składania wniosków w tym postępowaniu, jak i po terminie wezwania do uzupełnienia braków tych wniosków (28 marca 2011 r.) i uzupełnienia tych braków przez wykonawcę (8 kwiecień 2011 r.) można było uznać spełnienie warunku przez wykonawcę.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Mimo wskazanego obowiązku w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokument ten, stanowiący załącznik do Certyfikatu Nr CSW/082/2009 wystawiony przez Urząd Dozoru Technicznego – Jednostkę Certyfikującą Systemy Zarządzania UDT-CET dla GAZOBUDOWY – Poznań sp. z o.o. dotyczący *wdrożenia i stosowania systemu jakości zgodnego z normą PN-EN ISO 3834-2:2007*, mogący wskazywać na zakres certyfikacji nie został złożony Zamawiającemu w postępowaniach o zamówienia, mimo obowiązku wykonawcy wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumentu tego nie złożono także na etapie środka ochrony prawnej – wraz z przystąpieniem lub choćby na rozprawie, mimo, że Przystępujący otrzymał treść

odwołań i poznał w pełnym zakresie zarzuty czynione w powyższym zakresie. Treść przystąpienia w zakresie przedmiotowego zarzutu koncentruje się jedynie na obronie dokumentu wystawionego dla „UKRSTALKONSTRUKCJA”, stanowiącego *Zezwolenie na*

wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie wydane przez Państwowy Komitet Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego, Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego – stanowisko Przystępującego w powyższym zakresie wskazuje, iż to właśnie ten dokument, w Jego ocenie jest tym zasadniczym, na podstawie którego miało nastąpić spełnienie spornego warunku. Podobnie i Zamawiający, będąc zobowiązanym na rozprawie do wypowiedzenia się w kwestii, który z opisanych dokumentów był podstawą dokonanej przez niego oceny, że spełniono warunek oświadczył, iż oceny tej dokonał na podstawie dwóch dokumentów: złożonego zaświadczenia wystawionego dla UKRSTALKONSTRUKCJA z dnia 24 lipca 2010r. dopełnionego wyjaśnieniem z dnia 4 kwietnia 2011r. oraz certyfikatu CSW/082/2009, zaś brak załącznika dotyczącego zakresu certyfikacji nie był przeszkodą, bowiem dysponuje tym załącznikiem z wniosku Przystępującego złożonego w innym postępowaniu i że ten drugi dokument (zakres certyfikacji) traktował jedynie posiłkowo. Wobec niezłożenia załącznika dotyczącego zakresu certyfikacji w odniesieniu do certyfikatu CSW/082/2009 wystawionego dla Gazobudowa – Poznań sp. z o.o., w przedmiotowych postępowaniach, mimo jednoznacznych wezwań Zamawiającego w powyższym zakresie (pisma Zamawiającego z dnia 28 marca 2011 r.) i niepodjęcia w powyższym zakresie inicjatywy dowodowej w ramach postępowania odwoławczego, należało uznać, że Przystępujący nie wykazał spełnienia analizowanego warunku, jeśli chodzi o Certyfikat Nr CSW/082/2009 wystawiony dla GAZOBUDOWY – Poznań sp. z o.o. dotyczący *wdrożenia i stosowania systemu jakości zgodnego z normą PN-EN ISO 3834-2:2007*.

Analizie podlegała zatem kwestia spełnienia warunku na podstawie drugiego dokumentu, to jest *Zezwolenia na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie* wydanego przez Państwowy Komitet Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego, Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego wystawionego dla UKRSTALKONSTRUKCJA.

Wbrew tezę postawionym w odwołaniach, dokument wystawiony na rzecz UKRSTALKONSTRUKCJA wyczerpuje wymaganie postawione w powyższym zakresie przez Zamawiającego. Podzielono w tej mierze wyjaśnienie Przystępującego zawarte w przystąpieniach do obu postępowań odwoławczych, zgodnie z którym *Zezwolenie na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie* Nr 2327.08.32 - 45.21.1 wystawione wobec UKRSTALKONSTRUKCJA, jest równoważne z certyfikatami zarządzania jakością spawalnictwa zgodnie z normami EN 3834-2 (obejmując również bezpieczeństwo i ochronę pracy oraz ochronę środowiska) i spełniło warunek „pełnych wymagań” dla zakresu spawalnictwa, gdyż norma EN 3834-2 dotyczy tylko i wyłącznie pełnych wymagań jakości. Odwołujący nie wykazał tezy przeciwnej, mimo takiego obowiązku, ciążącego na nim z mocy stosowanego odpowiednio art. 6 kc.

Złożone w ramach uzupełnienia pismo Zarządu Terytorialnego Państwowego Komitetu Ukrainy ds. Bezpieczeństwa Przemysłowego, Ochrony Pracy i Nadzoru Górniczego dla Obwodu Kijowskiego i Miasta Kijowa z dnia 4 kwietnia 2011 r. potwierdza równoważność normy wskazanej w *Zezwoleniu na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie* Nr 2327.08.32 - 45.21.1 wystawionym wobec UKRSTALKONSTRUKCJA z wymaganą przez Zamawiającego w ogłoszeniu. Nie podzielono tutaj wyrażonej na rozprawie argumentacji Odwołującego, iż na podstawie pisma z 4 kwietnia 2011 r. nie była dopuszczalna ocena równoważności bowiem: *pismo informujące o równoważności zezwolenia z 24 lipca 2010r. nosi datę 4 kwietnia 2011r., a zatem wystawiono je po terminie składania wniosków, a złożone zostało zamawiającemu w dacie 14 kwietnia 2011r.* Pismo to ma walor dowodu potwierdzającego zasadność wnioskowania o istnieniu równoważności zakresu certyfikacji, nie może być utożsamiane z samym dokumentem, którego dotyczy (*Zezwoleniem na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie* Nr 2327.08.32 - 45.21.1). Nie dotyczy zatem tego pisma zasada, że winno być one złożone najpóźniej na moment składania wniosków. Niezależnie od tego, nawet gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za trafną

– pismo to potwierdza stan historyczny, poprzedzający termin składania wniosków – odnosi się bowiem wprost do *Zezwolenia na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie Nr 2327.08.32 - 45.21.1*, co czyni zasadnym wnioskowanie, że zawarte w nim stwierdzenia mogą być odnoszone do daty wystawienia tego zezwolenia, wcześniejszej, aniżeli samo wyjaśnienie spornej równoważności. Jak wskazuje się w orzecznictwie, ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli tylko potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż uzupełniane dokumenty mają nosić datę przed upływem terminu składania ofert czy wniosków. Zarówno z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. odformalizowania postępowania, dopuszczenia by wykonawcy, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie usunęli uchybienia w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że zaświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert czy wniosków – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem decyduje treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Data ta, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu, jeżeli potwierdza on w swej treści spełnianie warunku na dzień składania ofert lub wniosków. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie byłoby sprzeczne z celem ustawodawcy, tj. ograniczenia sytuacji konieczności wykluczenia wykonawców z postępowania z powodów formalnych (tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt

18

KIO/UZP 31/10, z dnia 26 stycznia 2011 r. KIO 72/11, z dnia 27 maja 2011 r. w spr. KIO 1013/11).

Nie podzielono także argumentacji Odwołującego zmierzającej do wykazania, iż na gruncie przedmiotowego postępowania Zezwolenie, wydane dla UKRSTALKONSTRUKCJA, nie może być objęte przedmiotem udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy a żadanego przez Zamawiającego, w Sekcji III.2.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, posiadania wdrożonego (ważnego) certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważnego oraz budowy sieci gazowych, BHP, i ochrony środowiska, bowiem nie sposób uznać go za zasób podlegający udostępnieniu na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Według art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że dysponowanie wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy zasobami może mieć różną formę oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. W myśl art. 26 ust. 2 b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano, w odniesieniu do podobnego zagadnienia dotyczącego udostępnienia certyfikatu ISO, iż nie mógł on być w konkretnej sytuacji przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy (przykładowo wyrok KIO 423/11 z dnia 16 marca 2011 r.): *Wobec treści § 5 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia o dokumentach oczywistym, w ocenie Izby, jest zaliczenie żadanego przez Zamawiającego certyfikatu ISO do kategorii dokumentów przedmiotowych. Dlatego też Odwołujący nie mógł skorzystać z uprawnienia ustanowionego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i powołać się w zakresie tegoż certyfikatu na zasoby podmiotów trzecich. Regulacja ta odnosi się bowiem jedynie do warunków podmiotowych, decydujących o możliwości wzięcia przez Wykonawców udziału w postępowaniu. Słusznie zatem, w ocenie Izby, Zamawiający ocenił spełnianie wymagań określonych w SIWZ przez dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą.*

W analizowanej sytuacji trzeba jednak dostrzec, że wymaganie Zamawiającego odnosi się wyraźnie do potencjału technicznego wykonawcy mającego wykonywać zamówienie: w ogłoszeniu o zamówieniu wymóg posiadania wdrożonego certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg normy EN 3834-2 został zamieszczony w punkcie 2 sekcji III.2.3 dotyczącej zdolności technicznej, opatrzony wskazaniem, że *Wykonawca wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w Sekcji III.2.3 pkt 1 - 3 może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy*. Tak wprost zakwalifikował powyższe wymaganie Zamawiający w ogłoszeniu, nadto analiza treści warunku – fakt, że wymaganie jest adresowane do cech wykonawcy (jego zakładu) a nie do sposobu świadczenia usługi, potwierdza powyższą intencję Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, będąc gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, nadał mu kształt w treści ogłoszenia. W ogłoszeniu tym dał jednoznaczny sygnał wykonawcom, iż w zakresie tego warunku mogą polegać na potencjale należącym do podmiotu trzeciego z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy. Na tym etapie zatem nie sposób oczekiwać zmiany reguł postępowania w sposób postulowany przez Odwołującego, w tym dokonywać negatywnej oceny czynności i dokumentów złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na postawione i niezakwestionowane w odpowiednim trybie postanowienia ogłoszenia.

W okolicznościach analizowanej sprawy za możliwe i prawnie dopuszczalne należało zatem uznać udostępnienie zasobu, jakim tutaj byłby potencjał techniczny – posiadanie przez wykonawcę, w ramach jego organizacji wdrożonego certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg odpowiedniej normy. Tutaj wymaganie odnosi się nie do posiadania stosownego dokumentu czy tego, że oferowane usługi lub roboty odpowiadają wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, ale jego treścią jest posiadanie przez wykonawcę wdrożonych praktyk zarządczych w części odnoszącej się do sfery spawalnictwa. W tym znaczeniu postawione przez Zamawiającego wymaganie dotyczyć może właściwości wykonawcy, pewnych cech odnoszących się do posiadanego potencjału technicznego (zakładu czy też jego organizacji), które mają, w intencji Zamawiającego warunkować zdolność do wykonania zamówienia. Tak argumentując uznano, iż hipotetycznie, w razie udostępnienia wykonawcy potencjału technicznego w takim zakresie, że częścią składową tego potencjału byłyby pewne praktyki i opisy procesów tego potencjału, mogłyby i one być przedmiotem udostępnienia. W takiej sytuacji dopuszczalnym wydaje się posłużenie się przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne także dokumentem związanym z posiadaniem wdrożonego certyfikowanego systemu zarządzania jakością w danej sferze, jako że dokument taki należałoby traktować jako akcesoryjny wobec udostępnionego zasobu, jakim jest potencjał techniczny. Biorąc bowiem pod uwagę bogactwo

stosunków cywilnoprawnych i związanych z tym możliwych sytuacji (a postępowanie o zamówienie publiczne wszak zmierza do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego rozpatrywanego na gruncie prawa cywilnego), nie można wykluczyć, że w konkretnych warunkach możliwa będzie sytuacja, że przedmiotem udostępnienia przez inny podmiot będzie pewien zagregowany zespół urządzeń technicznych (potencjał techniczny), osób, wiedzy, doświadczenia, a nawet przedsiębiorstwo lub jego część. W takiej sytuacji nie będzie możliwe ani celowe rozdzielanie potencjału technicznego od dokumentów takich jak certyfikaty czy metodyki zarządzania, które z jednej strony opisują sferę podmiotową jednostki, jej zdolność do wykonywania działań w pewien sposób, z drugiej zaś – stanowią o cechach świadczonej usługi czy dostawy (i w tym znaczeniu stanowią tzw. „dokumenty przedmiotowe”). Przedmiotem udostępnienia może być zatem nie tylko zespół odpowiednich zasobów czy też każdy zasób z osobna, ale w razie udostępnienia „potencjału technicznego”, naturalną, czy wręcz nieodzowną może być sytuacja, że za tym zasobem idą dotyczące go dokumenty i dzieląją jego byt.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, powyższa kwestia jednak nie mogła być brana pod uwagę. O ile, ze wskazanych wyżej względów, w konkretnych warunkach, gdyby udostępnienie potencjału technicznego miało taki zakres, że obejmowało właściwość podmiotu jak posiadanie certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie

spawalnictwa (co – jak się wydaje - musiałoby dotyczyć jednak zasadniczej części lub całego zakładu, bowiem systemy zarządzania z zasady dotyczą funkcjonowania całej jednostki lub wyodrębnionej sfery jej działalności wraz całą infrastrukturą, osobami, organizacją jej procesów, pewnego ciągu technologicznego, a dodatkowo – w takiej sytuacji podmiot ten musiałby wykonywać bez wyjątku całość prac tego rodzaju, skoro wymaganie dotyczy posiadania przez wykonawcę tej właściwości), to w analizowanej sytuacji nie sposób brać tego pod uwagę.

Treść zobowiązania podmiotu UKRSTALKONSTRUKCJA w Kijowie wskazuje wyraźnie, że przedmiotem udostępnienia jest wyłącznie wiedza i doświadczenie. Podmiot ten nie udostępnił w żadnym zakresie potencjału technicznego – został on wyraźnie wykreślony w treści zobowiązania. Uwzględniając wyrażone w art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczenie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą jedynie do zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający uznał się za związany dokonaną przez Zamawiającego i niezakwestionowaną w trybie środków ochrony prawnej oceną, że w przedmiotowej sytuacji nastąpiło udowodnienie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy, iż Przystępujący będzie dysponował wymienionymi w zobowiązaniu UKRSTALKONSTRUKCJA w Kijowie zasobami. Te zasoby – zgodnie z treścią zobowiązania - to wiedza i doświadczenie. Udostępnienie tylko tych zasobów przez

UKSTALKONSTRUKCJA w Kijowie Przystępujący zatem udowodnił. Potwierdza to też treść formularzy ofertowych Przystępującego, gdzie podano w pkt 3 że wykazując spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący będzie polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy): Podmiot nr 1 „UKRSTALKONSTRUKCJA” OTWARTA - Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu tego podmiotu. Okoliczność, że wykonawca będzie brał udział w realizacji zamówienia, w tym w zakresie prac spawalniczych nie zmienia tej oceny. W zakresie „wiedzy i doświadczenia”, jakkolwiek jej udostępnienie wyraża się uczestnictwem w wykonywaniu zamówienia (a zatem, w praktyce - wykorzystaniem innych zasobów, które są swego rodzaju „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia, co dotyczy najczęściej czynnika ludzkiego, a niekiedy także innych zasobów), nie mieszczą się elementy potencjału technicznego. Tym samym, wobec nieobjęcia zakresem zobowiązania do udostępnienia zasobów nie tylko potencjału technicznego, pozwalającego uznać, że mieści się w jego ramach posiadanie wdrożonego (ważnego) certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważnego, ale jakiegokolwiek potencjału technicznego, uznano, że Przystępujący posługując się w postępowaniach o zamówienia *Zezwoleniem na wykonywanie prac o zwiększonym niebezpieczeństwie Nr 2327.08.32 - 45.21.1* nie udowodnił dysponowania zasobem niezbędnym do realizacji zamówienia, stanowiącym taki potencjał techniczny, z którego uzyskaniem wiąże się możliwość posługiwania się dokumentem dotyczącym posiadania wdrożonego (ważnego) certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie wg normy. Powyższe jest spawalnictwa odpowiedniej równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunku postawionego w ogłoszeniu. Przystępujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, zaś wystosowane przez Zamawiającego wezwanie w tym zakresie nie pozostawia wątpliwości. Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy do wykonawcy, czego wykonawca nie czynił najpierw w złożonych wnioskach, następnie w ramach uczynienia zadość wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wreszcie – w ramach czynności procesowych postępowania odwoławczego. Powyższe decydowało o nakazaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS – BUD spółki z o.o. w Rypinie, Gazobudowa Poznań spółki z o.o. w Poznaniu, ALTIS – HOLDING w Kijowie. W myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z postępowania o zamówienie wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że potwierdziły się w zakresie opisanym wyżej, zarzuty podniesione w odwołaniu. Uwzględniając zarzut dotyczący niewykazania przez Przystępującego wymagania posiadania wdrożonego (ważnego)

certyfikowanego systemu zarządzania jakością w zakresie spawalnictwa wg EN3834-2 (wymagania pełne) lub równoważny nakazano Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniach na „Budowę gazociągu DN 700 Szczecin-Gdańsk, etap I gazociąg DN 700 Płoty-Karlino” oraz „Budowę gazociągu DN 700 Gustorzyn-Odolanów: etap I - gazociąg DN 700 Gustorzyn - Turek, etap II - gazociąg DN 700 Turek - Odolanów”, wykluczenie z tych postępowań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS – BUD spółki z o.o. w Rypinie, Gazobudowa Poznań spółki z o.o. w Poznaniu, ALTIS – HOLDING w Kijowie.

Nie podlegały rozpoznaniu zarzuty w zakresie niewykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (kierownikiem Nadzoru Robót Spawalniczych) – na rozprawie Odwołujący ograniczył odwołanie w zakresie tego zarzutu, oświadczając, że nie podtrzymuje w tej części odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

Członkowie: