

Sygn. akt: KIO 2493/10

KIO 2494/10

KIO 2496/10

WYROK

z dnia 6 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **26 listopada 2010 r. i 29 listopada 2010 r.**
w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EADS Secure Networks Oy, ATM S.A., 00-380 Helsinki, Hiomotie 32 (KIO 2493/10),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Motorola Polska Sp. z o.o., Motorola Electronics Sp. z o.o., Motorola GmbH, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39b (KIO 2494/10),

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska Sp. z o.o., Selex Communications S.p.A., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (KIO 2496/10)

od czynności zamawiającego **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63**

przy udziale wykonawców **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. śpnicza 11 (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10);**

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska Sp. z o.o., Selex Communications S.p.A., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (sygn. akt KIO 2493/10); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Communications S.A., Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15 (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2496/10); wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Motorola Polska Sp. z o.o., Motorola Polska Electronics Sp. z o.o., Motorola GmbH, 02-692 Warszawa, ul. Domaniewska 39b (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2496/10); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EADS Secure Networks Oy, ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a (sygn. akt KIO 2496/10) zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego;

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska Sp. z o.o., Selex Communications S.p.A., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (sygn. akt KIO 2494/10) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje powtórzenie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A** koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EADS Secure Networks Oy, ATM S.A., 00-380 Helsinki, Hiomotie 32;**
- B** koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Motorola Polska Sp. z o.o., Motorola Electronics Sp. z o.o., Motorola GmbH, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39b;**
- C** koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska**

2

**Sp. z o.o., Selex Communications S.p.A, 02-697 Warszawa,
ul. Rzymowskiego 53;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **52 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści osiem tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EADS Secure Networks Oy., ATM S.A., 00-380 Helsinki, Hiomotie 32** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania;
- B** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Motorola Polska Sp. z o.o., Motorola Electronics Sp. z o.o., Warszawa, Motorola GmbH, 02-672 ul. Domaniewska 39b** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania;
- C** kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska Sp. z o.o., Selex Communications S.p.A, 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty pełnomocnika.

3

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Izby Odwoławczej do Sądu pośrednictwem Prezesa Krajowej Okręgowej w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

4

Uzasadnienie

I. Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, zwane dalej Zamawiającym, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Ogólnokrajowego Cyfrowego Systemu Łączności Radiowej – etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 14 sierpnia 2010 r., poz. 2010/S 157-243171. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759). Celem postępowania jest zawarcie umowy ramowej z kilkoma wykonawcami, maksymalna liczba uczestników planowanej umowy ramowej to 5-u uczestników (pkt II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyniku kwalifikacji wstępnej w dniu 5 listopada 2010 roku – do udziału w postępowaniu dopuszczono 4 wykonawców, wykluczono 4 wykonawców. Zamawiający mianowicie do dalszego postępowania dopuścił:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Communications S.A., Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Thales),
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska Sp. z o.o., Selex Communications S.p.A. (dalej: Konsorcjum Alcatel),
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Motorola Polska Sp. z o.o., Motorola Electronics Sp. z o.o., Motorola GmbH (dalej: Konsorcjum Motorola),
 - Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o. (dalej: Siemens).
- Zamawiający wykluczył:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych, Industrieranlagen – Betriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung (IABG), Science Applications International Corporation (SAIC) (dalej: Konsorcjum ITWL),

5

-
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EADS Secure Networks Oy, ATM S.A. (dalej: Konsorcjum EADS),
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Texel Sp. z o.o., Sat-Guard Defence Sp. z o.o. sp. k., Asseco Poland S.A. (dalej: Konsorcjum Texel),
- WASKO S.A.

W dniu 15 listopada 2010 r. odwołania na powyższą czynność Zamawiającego wnieśli:

- 1) Konsorcjum EADS (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2493/10),
- 2) Konsorcjum Motorola (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2494/10),
- 3) Konsorcjum ITWL (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2495/10),
- 4) Konsorcjum Alcatel (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2496/10).

Do postępowań odwoławczych przystąpili:

- Siemens (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10),
- Konsorcjum Alcatel (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2495/10),
- Konsorcjum Thales (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2496/10),
- Konsorcjum Motorola (sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2495/10, KIO 2496/10),
- Konsorcjum EADS (sygn. akt KIO 2496/10) po stronie Zamawiającego.

Natomiast po stronie Odwołujących zgłosili przystąpienia:

- Konsorcjum ITWL (sygn. akt KIO 2493/10),
- Konsorcjum Alcatel (sygn. akt KIO 2494/10),
- Konsorcjum EADS (sygn. akt KIO 2495/10).

Odwołujący Konsorcjum EADS zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych — poprzez niewłaściwą wykładnię tych przepisów przez Zamawiającego, polegającą na przyjęciu, iż podstawą do wykluczenia Odwołującego i uznania, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu jest niespełnienie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień

6

publicznych przez podmiot, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych;

- c) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych — poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów przez Zamawiającego polegające na przyjęciu, iż EADS Secure Networks GmbH (dalej: EADS GmbH), tj. podmiot, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, nie spełnia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych;

Swoje zarzuty w powyższym zakresie Odwołujący uzasadnił następująco:

Zamawiający podał - jako podstawę prawną wykluczenia — art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, uznając, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym, ponieważ zaświadczenie wydane przez niemiecki Federalny Urząd Sprawiedliwości, tzw. *Führungszeugnis*, dla członka zarządu EADS GmbH pana Markusa K. zostało wystawione po terminie na złożenie przez Odwołujących wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 28 września 2010 r. tj. w dniu 5 października 2010 r. Tymczasem w ocenie Odwołującego spełnia on samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, co wynika z Załącznika Nr 3 do Wniosku (pozycje 1-3 oraz 6-9 w tabeli pierwszej, a także pozycje 1-6 w tabeli drugiej tego Załącznika), zatem ewentualne przedstawienie bądź nie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego nie może mieć wpływ na decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć, że z art. 24 Prawa zamówień publicznych wynika, iż podstawą wykluczenia wykonawcy jest niespełnienie warunków przez podmiot, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, to i tak Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ przedłożył zaświadczenie z dnia 5 października 2010 wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości, potwierdzające, że pan Markus K. nie figuruje w stosownym rejestrze karnym. Zaświadczenie to potwierdza, że pan Markus K. nie figuruje w rejestrze karnym na dzień składania Wniosku, jak i na dzień 5 października 2010 r., jak i na każdy inny dzień przypadający przed dniem wydania Zaświadczenia.

Ponadto wraz z Wnioskiem złożył stosowne oświadczenie, iż w stosunku do pana Markusa K. nie zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, według Odwołującego, Konsorcjum EADS nie podlega wykluczeniu.

- d) art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 51 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w szczególności poprzez nierówne traktowanie wykonawców i uznanie wykonawcy Siemens, a także Konsorcjum Motorola za spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie podlegających wykluczeniu z postępowania oraz zaniechanie

7

wezwania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu do złożenia wyjaśnień odnośnie zastrzeżenia przez nich informacji zawartych w złożonych przez nich wnioskach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto wnioski złożone przez Konsorcjum Thales oraz Siemens zawierają dokumenty podpisane przez osoby niewłaściwie umocowane do reprezentowania tych wykonawców, zaś do wniosku złożonego przez Motorola nie zostało dołączone zaświadczenie stanowiące odpowiednik zaświadczenia uzyskiwanego z ZUS (na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty wyłącznie odnoszące się do Konsorcjum Thales).

Odwołujący Konsorcjum Motorola zarzucał Zamawiającemu, wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Siemens, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych. Według Odwołującego, Siemens powinien zostać wykluczony, ponieważ:

- 1) nie załączono wymaganych dla podwykonawców dokumentów (potwierdzających brak otwarcia postępowania likwidacyjnego lub ogłoszenia upadłości; potwierdzających fakt niekaralności podmiotu zbiorowego; potwierdzających niezaleganie ze składami na ubezpieczenie zdrowotne),
- 2) nie wykazano się należyłą realizacją usług, wymaganych przez Zamawiającego - Siemens posługiwał się doświadczeniem następujących podmiotów trzecich: SIEMENS IT SOLUTIONS AND SERVICES AG (Szwajcaria) (dalej: SIEMENS AG) oraz RHODE & SCHWARTZ PROFESSIONAL MOBILE RADIO GmbH (Niemcy) (dalej: RHODE&SCHWARTZ).

Wykonawca dla podmiotów, mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powinien do wniosku załączyć dokumenty potwierdzające, że nie otwarto wobec tych podmiotów likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, podmioty te nie zalegają z uiszczaniem podatków, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz iż nie orzeczono wobec tych podmiotów zakazu ubiegania się o zamówienie. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, z dokumentów przedłożonych przez SIEMENS nie wynika, aby wobec RHODE&SCHWARTZ oraz SIEMENS AG nie zostało otwarte postępowanie likwidacyjne lub upadłościowe. SIEMENS ograniczył się w tym zakresie do załączenia wypisów ze szwajcarskiego (dla SIEMENS AG) oraz niemieckiego (dla RHODE&SCHWARTZ) rejestru handlowego. W wypisach tych nie znajduje się żadna wzmianka o braku postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego. Wobec powyższego uznać należy, że SIEMENS nie przedstawił wszystkich wymaganych przez ogłoszenie

dokumentów, ponieważ nie zawierają one informacji o nie otwarciu postępowania likwidacyjnego lub ogłoszeniu upadłości.

Ponadto z przedstawionych przez Siemens dokumentów dotyczących podwykonawców nie wynika także, aby nie zalegali oni ze składkami na ubezpieczenia zdrowotne. W przedstawionych zaświadczeniach mowa jest jedynie o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne wbrew jednoznacznej treści Ogłoszenia. Odwołujący również zauważył, iż na stronie 113/115 oferty Siemens znajduje się zapewnienie, że wobec SIEMENS AG nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Jednocześnie jednak na stronie 125 oferty znajduje się urzędowe zaświadczenie z dnia 1 września 2010 roku o następującej treści: „żadne przedsiębiorstwo nie zostało wpisane do szwajcarskiego rejestru karnego”. Zaświadczenie to nie wskazuje o jaki konkretnie podmiot chodzi tym samym nie może zostać uznane za zaświadczenie z odpowiednika polskiego Krajowego Rejestru Karnego w zakresie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Dokument ten jednak wskazuje, że w Szwajcarii istnieje odpowiednik polskiego Krajowego Rejestru Karnego wydający zaświadczenia dla podmiotów zbiorowych (zarzut ten następnie wycofano na rozprawie).

W ocenie Odwołującego, Siemens nie wykazał się także wymaganą wiedzą i doświadczeniem. Do wykazu wykonanych usług (załącznik Nr 3) wykonawcy byli zobowiązani przedstawić dokumenty potwierdzające, że usługi nim objęte zostały wykonane należycie, bowiem w przypadku usług od Nr 6 do 13 wykazu takich dokumentów w ogóle nie przedstawiono.

Odnosnie pozostałych usług Odwołujący zauważył, że:

- usługa Nr 1: w dokumencie brak jest oświadczenia o należyтым wykonaniu usługi;
- usługa Nr 2: Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienie usług wykonanych - tymczasem usługa nr 2 jest w trakcie realizacji i zostanie ukończona w 2012 roku przez co nie spełnia kryterium przewidzianego ogłoszeniem;
- usługa Nr 4: nie został wskazany konkretny obiekt sportowy objęty działaniem systemu na co wskazuje wprost treść Ogłoszenia w pkt III. 2. 1) b);
- usługa Nr 5 jest w całości tożsama z usługą Nr 1, tylko referencja wystawiona została na inny podmiot uczestniczący w realizacji zamówienia (SIEMENS AG OESTERREICH).

Wobec powyższego, według Odwołującego, tylko jedna usługa spełnia wymogi Zamawiającego, co uznać należy za niewystarczające, w konsekwencji Siemens powinien

być wykluczony z postępowania.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2496/10

Odwolujący Konsorcjum Alcatel zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

9

-
1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem wymienionych przepisów Prawa zamówień publicznych,
 2. art. 24 ust. 1 w związku z rozporządzeniem 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 (dalej: rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów), art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 oraz art. 51 Prawa zamówień publicznych poprzez: dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania w sposób niezgodny z ogłoszeniem i ustawą i w konsekwencji poprzez:
 - a. odnośnie Siemens - zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ewentualnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w razie nieuzupełnienia zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych;
 - b. odnośnie Konsorcjum Thales - uznanie wniosku jako skutecznie złożonego pomimo jego podpisania przez osobę nieuprawnioną, ewentualnie zaniechanie wezwania Konsorcjum Thales do uzupełnienia dokumentu w trybie artykułu 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w razie nieuzupełnienia, zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych;
 - c. odnośnie Konsorcjum Motorola - zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie artykułu 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w razie ich nieuzupełnienia, zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych;
 - d. odnośnie Konsorcjum Texel - naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 i ust. 1a Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia i zaniechanie podania wszystkich okoliczności na podstawie, których ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania;
 - e. odnośnie Konsorcjum ITWL - naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 i ust. 1a Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia i zaniechanie podania wszystkich okoliczności na podstawie, których ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania;
 - f. odnośnie Konsorcjum EADS - naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 i ust. 1a Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa

10

zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia i zaniechanie podania wszystkich okoliczności na podstawie, których ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania;

3. art. 8 ust. 2 i 3, art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez odmówienie okazania całości wniosków nw. wykonawców Odwołującemu na skutek uznania za skutecznie dokonane zastrzeżenie jawności informacji zawartych we wnioskach Konsorcjum Thales, Konsorcjum Motorola, Konsorcjum ITWL i Konsorcjum EADS.

Odwolujący podniesione zarzuty uzasadnił w następujący sposób:

I. Zarzuty dotyczące Siemens:

1. Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należyтым wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a. co najmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem było: zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej w paśmie częstotliwości 380-400 MHz, przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych w danym kraju za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmującego swym zasięgiem obszar co najmniej 7.000 km² i składającego się minimum ze 100 stacji bazowych oraz obsługującego co najmniej 10.000 terminali końcowych (pkt III.2 ppkt 1.1 a ogłoszenia dalej zw. „Warunek A”) oraz
- b. wykonanie co najmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem było: zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej w paśmie częstotliwości 380-400 MHz przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek lub ratownictwo celem obsługi sportowej imprezy masowej o charakterze międzynarodowym, obejmującego zakresem działania co najmniej jeden obiekt sportowy np. stadion, hala sportowa (pkt III.2 ppkt 1.1b ogłoszenia dalej zw. „Warunek B”).

W piśmie z dnia 8 września 2010r. zawierającym wyjaśnienia do treści ogłoszenia (odp. na pytanie 18) Zamawiający potwierdził, iż na potwierdzenie spełniania Warunku A i Warunku B nie dopuszcza przedstawienia jednego projektu spełniającego wymagania punktu I.1a i I.1b. Aby potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy mieli zatem obowiązek wykazania co najmniej dwóch projektów jednego na potwierdzenie Warunku A i innego na potwierdzenie spełniania Warunku B.

Siemens przedstawił w wykazie listę 13 usług, jednak wykaz ten nie potwierdza spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Pozycje wymienione w pkt 4

11

oraz 6-13 tabeli nie odpowiadają postawionym przez Zamawiającego wymaganiom ani dla potwierdzenia spełniania Warunku A ani dla Warunku B z uwagi na niewłaściwy, zakres, czas trwania lub odbiorców. Śadna z tych pozycji nie obejmuje co najmniej 100 stacji bazowych, nie może tym samym potwierdzać spełniania Warunku A, zamówienia te nie potwierdzają też spełniania Warunku B z uwagi na następujące okoliczności:

- a. pozycja nr 4 - brak informacji jakiej imprezy sportowej dotyczy projekt oraz jaki obiekt sportowy obejmuje swoim zakresem działania,
- b. pozycja nr 6 - projekt został zakończony wcześniej niż 3 lata przed terminem składania wniosków,
- c. pozycja nr 7 - projekt dla przemysłu górniczego, energetycznego, środków chemicznych i paliw - nie dotyczy imprezy sportowej,
- d. pozycja nr 8 - projekt dot. sieci autostrad,
- e. pozycja nr 9 - projekt dotyczy przedsiębiorstw transportu drogowego,
- f. pozycja nr 10 - projekt zakończony wcześniej niż 3 lata przed terminem składania wniosków,
- g. pozycja nr 11 - projekt dotyczy portu,
- h. pozycja nr 12 - projekt zakończony wcześniej niż 3 lata przed terminem składania wniosków i dotyczy innego pasma radiowego
- i. pozycja nr 13 - projekt zakończony wcześniej niż 3 lata przed terminem składania wniosków,

Ponadto Odwołujący zauważył, dla projektów z pozycji od 6-13 tabeli Siemens nie dołączył dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, a jedynie opisy projektów - a zatem realizacje te nie mogą być uznane za należyte wykonane.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu można jedynie rozpatrywać pozycje nr 1, 2, 3, 5 wykazu. Pozycje te również nie potwierdzają spełniania warunków. Warunek A:

- a. Z wykazu usług wynika, iż Siemens wskazał na potwierdzenie spełniania w 1 i 5, tj. projekt nazwą: tego warunku projekt opisany pozycji pod Narodowa Profesjonalna Mobilna Sieć Radiowa w Malesji.
- b. W pozycji 1 Siemens powołuje się na doświadczenie udostępnione przez RHODE&SCHWARTZ opisując to doświadczenie jako „zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu łączności radiowej”. W rzeczywistości, co wynika z treści referencji, podmiotem, który zaprojektował, wykonał i wdrożył system łączności radiowej w Malesji jest Sapura Research Sdn Bhd, (dalej Sapura). Tylko ten podmiot może legitymować się

przedstawiona jest we wniosku złożonym w obecnym postępowaniu przez Konsorcjum Telex.

- c. Sapura była w tym projekcie generalnym wykonawcą i integratorem rozwiązania. Jak wynika z referencji wystawionej dla Sapura przez Ministerstwo Bezpieczeństwa Malezji, Sapura podpisała kontrakt na zaprojektowanie, wybudowanie, zarządzanie i utrzymywanie Ogólnokrajowego Ujednoliconego Cyfrowego Systemu Bezpieczeństwa w Malezji. RHODE&SCHWARTZ był w tym projekcie jedynie dostawcą sprzętu Tetrowego. Odwołujący także stwierdził, że referencje dla usługi nr 1 są tak dalece niewłaściwie przetłumaczone, że stanowi to nieprawdziwą informację, zatem powinno stanowić samoistną przesłankę wykluczenia. Z prawidłowo przetłumaczonej referencji wynika, że RHODE&SCHWARTZ był jedynie dostawcą sprzętu, a to nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
- d. W odniesieniu do projektu nr 5 Siemens posłużył się doświadczeniem Siemens AG Oesterreich z siedzibą w Wiedniu (dalej Siemens Austria). Siemens Austria był podwykonawcą Sapura w tym samym projekcie, w Malezji jedynie „w zakresie dostawy wspieranego komputerowo Systemu dyspozytorskiego TETRA (T-CAD) ...”. Z dalszego doprecyzowania zakresu wykonywanych czynności przez ten podmiot jednoznacznie wynika, iż wątpliwości, że Siemens Austria nie zaprojektował, nie wykonał ani nie wdrożył systemu łączności radiowej w tym projekcie (był jedynie dostawcą sprzętu).
- e. Ponadto należy stwierdzić, iż zgodnie z treścią odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, Siemens AG nie będzie podwykonawcą Siemens Polska w tym projekcie. Nawet gdyby zakres merytoryczny projektu był właściwy, projekt ten nie mógłby być uznany jako potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie spełniania Warunku B Siemens wskazał zamówienia opisane w pozycjach 2 i 3 tabeli.

Pozycje nr 2 i 3 dotyczą tego samego Projektu: POLYCOM-Szwajcarska Narodowa Sieć Bezpieczeństwa. W pozycji 3 w referencjach znajduje się informacja o imprezie sportowej oraz o obiekcie, którego dotyczył projekt. Natomiast w pozycji 2 ani w opisie projektu w tabeli, ani w referencjach nie zostało wskazane w żaden sposób, że projekt spełnia wymagania Zamawiającego (ani w zakresie Warunku A, ani Warunku B). Nie podano, bowiem żadnych informacji nt. ilości stacji bazowych i ilości terminali, które zostały wykonane przed terminem składania wniosków. Podane są jedynie prognozy na koniec fazy budowy przypadającej na rok 2012.

Z uwagi na informacje przedstawione we wniosku Siemens, w ocenie Odwołującego wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Informacje mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, dotyczą:

- a. Niewłaściwego tłumaczenia referencji dotyczącej czynności wykonywanych przez RHODE&SCHWARTZ,
- b. Podania nieprawdziwych informacji w wykazie, dotyczących wartości Projektu: Polycom - Szwajcarska Narodowa Sieć Bezpieczeństwa jako kwoty 500 mln euro. Kwota ta stanowi podstawę do określenia ilości punktów przyznanych za ten warunek. Zamawiający zamierzał punktować „sumę wartości zrealizowanych zamówień” (pkt. III.2.1) 2 Ogłoszenia). Tymczasem wartość podana przez Siemens jest wartością finalną projektu, która zostanie osiągnięta dopiero w roku 2012,
- c. Siemens przedstawia we wniosku nieprawdziwe informacje w wykazie usług. W opisie projektu nr 1 o wartości 33 mln euro wykonanego przez RHODE&SCHWARTZ pisze, iż projekt obejmuje zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego

systemu łączności radiowej. W rzeczywistości RHODE&SCHWARTZ nie może legitymować się tym doświadczeniem. Legitymuje się nim Sapura w projekcie o wartości 920 mln zł poprzez referencję przedstawioną przez Texel,

- d. Siemens przedstawia również nieprawdziwe informacje w opisie projektu nr 5 twierdząc, iż projekt wykonany przez Siemens Austria obejmuje zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej,

Ponadto według Odwołującego wniosek Siemens zawiera następujące błędy:

- a. Wszystkie dokumenty podmiotów udostępniających zasoby są podpisane za zgodność z oryginałem przez Siemens - w tym oświadczenie o udostępnieniu zasobów, które może być złożone tylko w oryginale. Zgodnie z sekcją III pkt III.2.1) ppkt 3 ogłoszenia Zamawiający wymagał dołączenia do wniosku „*pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów*”. Siemens przedstawił oświadczenia podmiotów trzecich w formie kopii poświadczonych przez siebie za zgodność z oryginałem. Tym samym nie wypełnił obowiązku, który nałożył na niego Zamawiający w ogłoszeniu, ponieważ oświadczenia te nie były pisemne. Dla zachowania bowiem formy pisemnej dokumentu konieczne jest złożenie pod oświadczeniem własnoręcznego podpisu osoby, której to oświadczenie dotyczy. Należy zatem przyjąć, iż Siemens nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i jako taki podlega wykluczeniu z postępowania. Należy zwrócić uwagę, iż do zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia wiedzy i doświadczenia

14

nie będzie miało zastosowanie rozporządzenie o dokumentach, ponieważ podstawą żądania tego dokumentu jest art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych a nie rozporządzenie. W § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ustawodawca przewidział możliwość składania dokumentów w formie oryginału lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Jednakże możliwość ta dotyczy tylko i wyłącznie dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu o dokumentach. Skoro rozporządzenie o dokumentach nic nie mówi o zobowiązaniu innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego, a możliwość żądania tego dokumentu wynika wprost z Prawa zamówień publicznych (art. 26 ust. 2b) to § 6 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach nie może mieć zastosowania dla tego typu zobowiązań.

- b. Siemens nie był również uprawniony do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich. Z § 6 ust. 2 rozporządzenia wynika, że dokumenty mogą poświadczyc tylko te podmioty, których one dotyczą.
- c. W dokumentach dotyczących podmiotów udostępniających zasoby (str. 140 i 161 brak jest informacji o ubezpieczeniu wniosku) zdrowotnym. Złożone dokumenty nie potwierdzają zatem wszystkich okoliczności o których mowa w § 4 ust. 1 b) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów,
- d. Odnośnie spółki Siemens AG (str. 138 wniosku) znajduje się informacja, iż spółka podlega opodatkowaniu w zakresie nałożonym przez władze federalne, władze kantonu i władze gminne. Natomiast na stronie 136 zostało złożone zaświadczenie wyłącznie w zakresie podatków federalnych. Złożone dokumenty nie potwierdzają zatem wszystkich okoliczności, o których mowa w par 4 ust. 1 b) rozporządzenia o dokumentach.

Podsumowując, Odwołujący wnosił o wykluczenie Siemens z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, ewentualnie o wezwanie go do uzupełnienia dokumentów w trybie artykułu 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w razie ich nie uzupełnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych .

II. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Thales.

1. Wniosek złożony przez Konsorcjum Thales został podpisany przez osobę do tego nieuprawnioną.

- a. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa udzielonego Thales Communications S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą we Francji przez Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Lider Konsorcjum został upoważniony do udzielenia pełnomocnictw dalszych

Tymczasem Lider Konsorcjum udzielił pełnomocnictwa Panu Marc D. i Pani Fanny M., która podpisała wniosek i pozostałe dokumenty. W związku z powyższym uznać należy, iż wniosek jako podpisany przez osoby nieuprawnione nie został skutecznie złożony.

b. W ocenie Odwołującego w zaistniałej sytuacji brak jest możliwości wezwania Konsorcjum Thales do uzupełnienia pełnomocnictwa, gdyż z treści art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jednoznacznie wynika, iż wezwanie może dotyczyć jedynie sytuacji, w której wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożone pełnomocnictwo jest wadliwe. Konsorcjum Thales złożyło wszystkie wymagane pełnomocnictwa. Z treści pełnomocnictwa udzielonego Liderowi Konsorcjum przez Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wyraźnie wynika komu może być udzielone pełnomocnictwo dalsze. Osobą tą nie jest podpisująca wniosek Pani Fanny M. Zatem osoba ta działała niezgodnie z jednoznacznie wyrażoną wolą członka konsorcjum.

2. Z załączonych dokumentów nie wynika również, że Thales Communications S.A. nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne. Złożone dokumenty nie potwierdzają zatem wszystkich okoliczności o których mowa w par 4 ust. 1 b) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Podsumowując, Odwołujący wnosil o pominięcie wniosku Konsorcjum Thales jako nieskutecznie złożonego ewentualnie wezwanie Konsorcjum Thales do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak zaległości w zakresie składek na ubezpieczenie zdrowotne, a w razie jego nieuzupełnienia wykluczenie Konsorcjum Thales z postępowania.

III. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Motorola.

1. Jak wynika z informacji zawartych w spisie treści oferty, Konsorcjum Motorola w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia posłużyła się zasobami innych podmiotów tj. Motorola Ltd. z siedzibą w Basingstoke, Wielka Brytania (dalej Motorola Ltd) oraz Motorola Espania SAU z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (dalej Motorola Hiszpania). Jednocześnie do wniosku nie dołączono dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia ww. podmiotów z postępowania. Odwołujący podnosi, iż zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 15 udostępnienie doświadczenia związane jest z koniecznością złożenia dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie. Odwołujący wnosi o wezwanie Konsorcjum Motorola do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku braku ich uzupełnienia do wykluczenia Konsorcjum Motorola z postępowania.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż oświadczenie Motorola Hiszpania zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. A zatem, wobec

nieprawidłowej formy i braku możliwości uzupełnienia tego dokumentu nie można uznać doświadczenia Motorola Hiszpania.

2. Na stronie 188 wniosku zawarte jest oświadczenie o braku zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Wobec okoliczności, iż w Niemczech są wydawane stosowne zaświadczenia Odwołujący wnosi o wezwanie Konsorcjum Motorola do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku braku ich uzupełnienia do wykluczenia Konsorcjum Motorola z postępowania.

Podsumowując, Odwołujący wnosil o wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie artykułu 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w razie ich nie uzupełnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.

IV. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Texel.

1. Zamawiający w informacji o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania wskazał, m.in. iż przedstawiona w wykazie doświadczenia pozycja nr 3 nie potwierdza spełniania Warunku B. Odwołujący, zgadzając się w tym zakresie z oceną dokonaną przez Zamawiającego podnosi, iż usługi wskazane w pozycjach 1 i 2 są niewystarczające dla potwierdzenia spełniania

warunków A i B gdyż dotyczą tego samego projektu: Ogólnokrajowego Radiowego Systemu Bezpieczeństwa Malezji. Ponadto, Wykonawca nie zawarł w opisie doświadczenia informacji potwierdzających spełnianie wymagań Zamawiającego. Referencja dotycząca pozycji nr 2 tabeli nie spełnia wymagań ani dla Warunku A (za mała liczba terminali) ani dla Warunku B (brak imprezy sportowej i obiektu sportowego). Z tej przyczyny, nawet gdyby uznać dokonane przez Konsorcjum Texel uzupełnienie dokumentów za skuteczne, to wykazu nie wynika spełniania z uzupełnionego potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

2. Wykonawca załączył kopie oświadczeń innych podmiotów do udostępnienia zasobów, co wobec faktu, iż Wykonawca był już wzywany do uzupełnienia tych dokumentów, nawet gdyby uznać za dopuszczalne uzupełnienie oświadczeń, uniemożliwia ponowne wezwanie do ich uzupełnienia.

Podsumowując, Odwołujący wnosil o uzupełnienie podstawy faktycznej wykluczenia Konsorcjum Texel.

V. Zarzuty dotyczące Konsorcjum ITWL.

Dokumenty i oświadczenia złożone przed notariuszem, uzupełnione na wezwanie, nie tylko zostały wydane z data późniejszą niż termin składania wniosków, ale mają również nieprawidłową treść. Oświadczenia nie obejmują pełnego zakresu przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Prawa zamówień publicznych, tj. przestępstw przeciwko środowisku.

17

Tym samym nie można ich uznać za potwierdzające brak podstaw do wykluczania z postępowania.

Podsumowując, Odwołujący wnosil o uzupełnienie podstawy faktycznej wykluczenia Konsorcjum ITWL.

VI. Zarzuty dotyczące Konsorcjum EADS.

Na stronie 142 i następnych wniosku znajduje się oświadczenie dot. zobowiązań wobec ZUS. Wobec okoliczności, iż w Niemczech są wydawane stosowne zaświadczenia odwołujący wnosil o wezwanie Konsorcjum EADS do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku braku ich uzupełnienia do wykluczenia Konsorcjum EADS z postępowania.

VII. Zarzuty dotyczące nieujawnienia dokumentów, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie ujawnil informacji dotyczących wykonanych usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie (dalej: referencje) zawartych we wnioskach Konsorcjum Thales, Konsorcjum Motorola, Konsorcjum ITWL i Konsorcjum EADS, co zdaniem Odwołującego jest wadliwe.

We wnioskach wyżej wymienionych Wykonawców zostały zastrzeżone informacje dotyczące wykazów usług i referencji. Informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z wiedzą Odwołującego doświadczenie zamówienia, które potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności Warunku A (pkt III.2.1) ppkt 1.1 a) ogłoszenia o zamówieniu) są zamówieniami publicznymi, realizowanymi na rzecz podmiotów publicznych. Tezę taką potwierdza rodzaj i zakres wymaganego doświadczenia dotyczącego zaprojektowania, wykonania i wdrożenia cyfrowego, trackingowego systemu łączności radiowej (...) przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych w danym kraju za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmującego swym zasięgiem obszar co najmniej 7 000 km² i składającego się minimum ze 100 stacji bazowych oraz obsługującego co najmniej 10 000 terminali końcowych. Podmiotem, który zamawia taki system mógł być wyłącznie podmiot publiczny, co oznacza iż wykonawcy nie mieli podstaw do utajnienia wykazu doświadczenia i referencji.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum Motorola oraz Konsorcjum EADS wskazało we wniosku (w spisie treści) informacje dotyczące załączonych referencji. We wszystkie projektach końcowym użytkownikiem jest instytucja publiczna, co oznacza, iż cały projekt, ma charakter publiczny; w związku ze wskazaniem tych informacji we wniosku tracą one charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i zastrzeżenie ich poufności jest bezskuteczne.

18

II. Wszystkie cztery odwołania zostały połączone do łącznego rozpoznania przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w dniu 26 listopada 2010 r. odbyło się posiedzenie, a następnie w dniu 26 i 29 listopada – rozprawa.

W trakcie posiedzenia ustalono, że osoba podpisująca odwołanie Konsorcjum ITWL oraz przystąpienie ITWL do postępowania KIO 2493/10 działała bez umocowania, w konsekwencji odwołanie KIO 2495/10 zostało odrzucone (postanowieniem KIO 2495/10 z dn. 29 listopada br.), i zgłoszenie przystąpienia Konsorcjum ITWL do postępowania KIO 2493/10 uznano za nieskuteczne.

Wobec pozostałych odwołań (KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10) nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego odwołania rozpoznano na rozprawie i na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych w tychże sprawach KIO 2493/10, KIO 2494/10 i KIO 2496/10 wydano orzeczenie łączne.

Izba ustaliła, że wszyscy Odwołujący mają interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wniesienia odwołania, i to zarówno kwestionujący w odwołaniu własne wykluczenie (tu interes we wniesieniu odwołania jest oczywisty), jak i zaniechanie wykluczenia innych podmiotów (a także wskazując dodatkowe podstawy wykluczenia wykonawców już wykluczonych).

Mogłoby się wydawać, że skoro Zamawiający przewidział zawarcie umowy ramowej z 5-ma wykonawcami, a do dalszego udziału w postępowaniu dopuszczono 4 wykonawców, to z punktu widzenia interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia ewentualnej szkody bezcelowe jest dążenie do wyeliminowania innych uczestników postępowania – jednak tak nie jest w niniejszym postępowaniu: nie jest bowiem znany zakres przedmiotowy przyszłej umowy (co wynika z odpowiedzi Zamawiającego na pytania do ogłoszenia, odpowiedź z dnia 8 września 2010 r., w aktach sprawy), a przy założeniu, że Zamawiający będzie chciał zrealizować całość ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia (przedmiotem zamówienia zgodnie z ogłoszeniem, jest zaprojektowanie, budowa i wdrożenie

systemu radiowej dla służb zintegrowanego cyfrowego łączności bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa (OCSŁR-1) na terenie miasta Warszawa, Poznań, Wrocław, Kraków, Trójmiasto (Gdańsk, Gdynia, Sopot) Górnośląskiego Związku Metropolitalnego (GZM) (Katowice, Gliwice, Zabrze, Bytom, Piekary Śląskie, Siemianowice Śląskie, Chorzów, Świętochłowice, Ruda Śląska, Dąbrowa Górnicza, Sosnowiec, Jaworzno, Mysłowice, Tychy) oraz powiatów: gdańskiego, wołomińskiego, pruszkowskiego, warszawsko-zachodniego, piaseczyńskiego, otwockiego, legionowskiego, mińskiego, nowodworskiego, grodziskiego, wrocławskiego, poznańskiego oraz krakowskiego) – od liczby wykonawców, ostatecznie dopuszczonych do udziału w postępowaniu, może zależeć zakres zawartej przyszłej umowy

szczegółowej. W odpowiedzi bowiem na pytanie zadane wobec treści ogłoszenia Zamawiający wyjaśnił, iż zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu tj. 5; „umowa ramowa zostanie podpisana z maksymalnie 5 Wykonawcami, którzy złożyli najkorzystniejsze ważne oferty. Natomiast udzielenie zamówienia, którego przedmiot objęty jest umową ramową, nastąpi poprzez zaproszenie do składania ofert wysłane Wykonawcom, z którymi zawarto Umowę ramową. Umowa wykonawcza zostanie zawarta z Wykonawcą, który w odpowiedzi na ww. zaproszenie do składania ofert zaoferuje najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia. Zamawiający na tym etapie przedmiotowego postępowania nie wskazuje ilości postępowań szczegółowych.” Zatem, kwestionując zaniechanie wykluczenia innych podmiotów Odwołujący mogą doprowadzić do zawężenia kręgu uczestników postępowania na jego dalszym etapie, a tym samym zwiększając prawdopodobieństwo uzyskania przez siebie zamówienia (i również jego zakres). W tym właśnie przejawia się możliwość poniesienia szkody w przyszłości – przykładowo, gdyby jednemu z Odwołujących udało się wyeliminować pozostałych uczestników postępowania, miałby szansę na realizację całości przedmiotu zamówienia samodzielnie; jeżeli jednak pozostali wykonawcy nie zostaną wykluczeni – każdy z nich wykona (w uproszczeniu) jedną czwartą zakresu przedmiotu zamówienia (bądź jedną piątą – w przypadku złożenia niepodlegających odrzuceniu ofert przez maksymalną liczbę wykonawców, dopuszczalną ogłoszeniem o zamówieniu). W konsekwencji, jeżeli wskazywani w odwołaniach wykonawcy powinni być wykluczeni, a zaniechano tej czynności z naruszeniem przepisów ustawy – Odwołujący mogą ponieść

szkodę.

Reasumując, należy przyjąć, że wnoszący odwołania mają interes w uzyskaniu zamówienia – znajdujący wyraz w podnoszeniu zarzutów nie tylko dotyczących własnego statusu w danym postępowaniu (wykluczenia wykonawcy/odrzućenia jego oferty), ale również w podnoszeniu zarzutów zmierzających do wyeliminowania z postępowania wykonawców, którzy złożyli (bądź mogą złożyć w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert) oferty konkurencyjne.

Stwierdzić również należy, że interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych posiada Odwołujący w podnoszeniu dodatkowych podstaw wykluczenia wykonawcy już wykluczonego przez Zamawiającego (Konsorcjum Alcatel podnosiło zarzuty wobec Konsorcjum ITWL i Konsorcjum Texel) jedynie do momentu, w którym wykluczenie to nie stanie się prawomocne – nawet jeżeli przyjąć, że w Odwołujący interes posiadał, to uwzględnienie zarzutów w tym zakresie nie może mieć wpływu na wynik postępowania (zresztą, z chwilą uprawomocnienia się wykluczenia – Odwołujący utracił możliwość poniesienia szkody w związku z zaniechaniem wykluczenia na podstawie

20

wskazywanych przez niego dodatkowych okoliczności, co stanowi drugą przesłankę z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Na moment merytorycznego rozpatrywania odwołań uprawomocniło się wykluczenie Konsorcjum ITWL (odwołanie tego wykonawcy na własne wykluczenie zostało odrzucone), oraz Konsorcjum Texel (wykonawca nie odwołał się od czynności Zamawiającego), zatem zarzuty, w których dopatrywano się dodatkowych podstaw wykluczenia tychże wykonawców byłyby oddalone stosując do nich odpowiednio art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, bowiem ich uwzględnienie nie miałoby dalszego wpływu na wynik postępowania (w tym przypadku wynikiem postępowania jest ustalenie kręgu podmiotów, nie więcej niż 5, którzy złożą w wyniku zaproszenia do składania ofert, oferty niepodlegające odrzuceniu).

Postępowanie odwoławcze sygn. KIO akt 2493/10 – zarzuty dotyczące wykluczenia Konsorcjum EADS z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzuty w tym zakresie zostały wniesione w terminie, ponieważ biegnie on od dnia, w której Odwołujący dowiedział się o dokonaniu czynności wykluczenia – co miało miejsce w dniu 5 listopada br.

Zamawiający na rozprawie nie zakwestionował, że uczestnicy Konsorcjum EADS – tj. EADS Secure Networks Oy oraz ATM S.A. samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu (przyznał, że pełnej oceny nie przeprowadzał, jednak wstępnie może powiedzieć, że konsorcjanci spełniają warunek samodzielnie). Izba tej kwestii nie badała, bowiem analiza odwołania ogranicza się jedynie co do zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 26 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, Wykonawca jest zobowiązany wykazać 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 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów (są to, ogólnie rzecz biorąc, warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Jeżeli wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich w celu wykazania się spełnieniem warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, to Zamawiający może żądać od tychże podmiotów

21

dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, na podstawie § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach (w niniejszym postępowaniu Zamawiający takich dokumentów zażądał).

W takim stanie prawnym wykonawca zawsze musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (warunki formalne),

natomiasz w celu wykazania się spełnieniem warunków z art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (warunki merytoryczne) może posłużyć się podmiotem trzecim, który również, w pewnych okolicznościach, na żądanie Zamawiającego musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przy czym należy zauważyć, że na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, szczególnie jeżeli celem postępowania jest zawarcie umowy ramowej, istnieje poważna wątpliwość, czy wykonawca jest w stanie określić, czy na etapie przyszłej umowy szczegółowej, będzie posługiwał się podmiotem trzecim do realizacji zamówienia.

Ustawodawca wprowadzając powyższe regulacje, uczynił tym samym wyłom w dotychczas obowiązującej zasadzie, że spełnić warunki udziału w postępowaniu musi wykonawca samodzielnie, jednak wydaje się, że zgodnie z dosłownym brzmieniem zdania drugiego art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, ograniczył możliwość wykazywania się zasobami podmiotu trzeciego jedynie do „zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia”.

Wydawałoby się, że bezcelowe byłoby posługiwanie się podmiotem trzecim w celu wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, w przypadku, kiedy wykonawca spełnia warunki samodzielnie – jednak w niniejszym postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wskazywano (Zamawiający i przystępujący po jego stronie), że być może posłużono się podmiotem trzecim na wypadek, gdyby doszło do przyznawania punktów za doświadczenie. Zamawiający bowiem przewidział, że do dalszego etapu postępowania zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę za posiadane doświadczenie. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie nie większa niż 5, wówczas do dalszego etapu postępowania zostaną zaproszeni wszyscy wykonawcy spełniający te warunki. (pkt III.2.1 ogłoszenia). Wobec okoliczności, że do dalszego udziału w postępowaniu zostało zaproszonych 4 wykonawców, nie zaistniała konieczność obliczania ilości punktów za referencje.

Ze względu na powyższe, Izba nie badała kwestii, czy można posługiwać się zasobami podmiotu trzeciego, o ile nie są one niezbędne do wykonania zamówienia, a jedynie przydatne do uzyskania większej ilości punktów w kwalifikacji wstępnej.

22

Przedmiotem orzekania było wyłącznie zagadnienie, czy jeżeli wykonawca taki podmiot (tj. podmiot trzeci posiadający odpowiednie zasoby) wskaże, a warunki udziału w postępowaniu spełnia samodzielnie, to czy może to mieć wpływ na ocenę, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odpowiadając na tak postawione pytanie, Izba stwierdziła, że nie można wykluczyć wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w przypadku, jeżeli samodzielnie spełnia on warunki udziału w postępowaniu (i formalne, i merytoryczne), bowiem przepis ten upoważnia do wykluczenia wyłącznie wykonawców, którzy nie wykazali się spełnieniem tychże warunków – przepis ten ma charakter sankcyjny, zatem należy go interpretować ściśle, co oznacza, że można go stosować tylko do wykonawcy. W przypadku, gdyby wykonawca nie spełniał merytorycznego warunku udziału samodzielnie, a korzystał w tym celu z zasobów podmiotu trzeciego, który nie przedłożyłby właściwych dokumentów (nie spełniłby warunków formalnych) – wówczas zaistniałaby podstawa do wykluczenia takiego wykonawcy. Skoro w tym przypadku wykonawca Konsorcjum EADS merytoryczne warunki udziału spełnił samodzielnie, nie było podstawy do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z ewentualnymi brakami w dokumentach podmiotu trzeciego: w takiej sytuacji brak spełnienia warunków formalnych przez podmiot trzeci nie może rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu.

Z tego względu rozpatrywanie zarzutów dotyczących oświadczenia o karalności jednego z członków zarządu podmiotu trzeciego EADS GmbH jest bezprzedmiotowe.

Reasumując, odwołanie wniesione przez Konsorcjum EADS w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 2493/10 w zakresie jego nieprawidłowego wykluczenia zasługuje na uwzględnienie, i Zamawiający powinien powtórzyć czynność oceny wniosków.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2493/10 i KIO 2496/10 - zarzuty dotyczące

Konsorcjum Thales, odnoszące się do niewłaściwego podpisania wniosku.

Izba ustaliła, co zresztą nie było sporne, że rzeczywiście do wniosku Konsorcjum Thales załączono pełnomocnictwo upoważniające do udzielania dalszych pełnomocnictw konkretne, wymienione z imienia i nazwiska osoby, a pełnomocnictwo dalsze podpisały inne osoby.

Ponadto Izba ustaliła, że Konsorcjum Thales w dniu 19 listopada br. przedłożyło Zamawiającemu pełnomocnictwo dla tychże osób (co Zamawiający potwierdził), przez co uzupełniono wszystkie elementy ciągu pełnomocnictw; właściwe pełnomocnictwa dołączono też do przystępowania tego Konsorcjum do postępowania odwoławczego. W konsekwencji

23

Konsorcjum Thales zostało dopuszczone do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2493/10 w roli przystępującego.

Wobec wyżej ustalonych okoliczności, Izba stwierdziła, że Zamawiający byłby uprawniony do wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych („wadliwe pełnomocnictwo” to również luka w ciągu złożonych pełnomocnictw), natomiast stosowne pełnomocnictwo już zostało złożone Zamawiającemu we właściwej formie. Zatem zarzutu w tym zakresie nie można uwzględnić ze względu na odpowiednie zastosowanie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (nie może mieć to wpływu na wynik postępowania).

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2494/10 i KIO 2496/10 – zarzuty dotyczące dokumentów prawa obcego, załączonych do wniosku Siemens

Odwolujący Konsorcjum Motorola na rozprawie cofnął zarzut odnoszący się do zaświadczenia z rejestru karnego dotyczącego braku orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem Izba rozpatrywała jedynie pozostałe zarzuty dotyczące dokumentów prawa obcego we wniosku Siemens.

Odwolujący Konsorcjum Motorola kwestionował braki w dokumentach podmiotów trzecich we wniosku Siemens odnoszących się do potwierdzenia braku otwarcia postępowania likwidacyjnego lub upadłościowego (Siemens AG i RHODE&SCHWARTZ) oraz braku potwierdzenia opłacenia składek na ubezpieczenie zdrowotne, natomiast Konsorcjum Alcatel zarzucało brak potwierdzenia opłacenia składek na ubezpieczenie zdrowotne (Siemens AG i RHODE&SCHWARTZ) oraz brak potwierdzenia opłacenia podatków innych niż federalne (Siemens AG), a także braku potwierdzenia opłacenia składek na ubezpieczenie zdrowotne (Motorola GmbH) w ofercie Konsorcjum Motorola i Konsorcjum Thales.

Kwestią sporną była prawidłowość dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu, potwierdzających warunek niezalegania z podatkami, opłatami oraz składkami na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, a także potwierdzających brak otwarcia likwidacji bądź ogłoszenia upadłości, jeżeli dokumenty te (zaświadczenia lub oświadczenia) dotyczą podmiotu mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Stosownie do treści § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w przypadku wykonawcy (tu odpowiednio – podmiotu trzeciego) mającego siedzibę poza

24

terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa się zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia (potwierdzające, że nie otwarto wobec tych podmiotów likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, podmioty te nie zalegają z uiszczaniem podatków, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz iż nie orzeczono wobec tych podmiotów zakazu ubiegania się o zamówienie) i w pkt 2 (w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych). Natomiast zgodnie z § 4 ust. 3 jeżeli w kraju, gdzie podmiot ma siedzibę nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub

gospodarczego miejsca zamieszkania osoby/siedziby podmiotu. Zatem „przepisy rozporządzenia wskazują wyraźnie, iż podmiot zagraniczny w pierwszej kolejności obowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego, a więc ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach, nie narzucając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania zakresu tych zaświadczeń. Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, inaczej bowiem w każdym przypadku należałoby badać, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, a także pewność obrotu wymagają uznania prymatu, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie osoby, a oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa – „dokumentu nie wydaje się”. Poza tym, biorąc pod uwagę rozbieżności w poglądach i orzecznictwie w tym zakresie (czy „lepiej” jest zaświadczenie nawet niepełne, czy oświadczenie przed notariuszem albo może oba te dokumenty naraz), przy czym w stosunku do każdej z tych interpretacji można przedstawić argumenty wskazujące na jej wady i zalety, a jednocześnie żadna z nich nie ma jednoznacznie ugruntowanej pozycji dominującej, trudno zarzucić Zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych, tym bardziej, że samo przekonanie co do merytorycznego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie zostało skutecznie zakwestionowane” (powyżej zacytowany pogląd Izba wyraziła w orzeczeniu KIO 2131/10).

25

Równocześnie zauważyć należy, że Sąd Okręgowy w Opolu uznał, że jeżeli treść zaświadczenia wydanego zgodnie z prawem obcym nie pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedniego zaświadczenia wydawanego w Polsce – to wówczas wystarczy samo złożenie oświadczenia przed notariuszem (wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dn. 7 maja 2010 r., sygn. akt VI Ga 49/10; orzeczenie odnosiło się do niemieckiego zaświadczenia o niekaralności). Sąd uznał, że skoro w kraju pochodzenia wydaje się zaświadczenie, jednak nie jest ono w pełni adekwatne do wymogów polskich przepisów – można je zastąpić oświadczeniem.

Analizując przepisy rozporządzenia dotyczące dokumentów wydawanych za granicą oraz dotychczasowe orzecznictwo w zakresie „odpowiedniości” dokumentów pochodzących z różnych krajów – można dojść do wniosku, że podmiot mający siedzibę za granicą jest w patowej sytuacji: jeżeli złoży w postępowaniu zaświadczenie wydane zgodnie z prawem obcym, niemal zawsze będzie ono uznane za nieodpowiadające zakresowi polskiemu zaświadczeniu, jeżeli złoży oświadczenie – również zostanie ono zakwestionowane, ponieważ zwykle da się wykazać, że w kraju pochodzenia komuś zostało jednak wydane zaświadczenie. I na stronach Urzędu Zamówień Publicznych (na co powoływał się Konsorcjum Motorola i na stronach Komisji Europejskiej (informacje na stronie UZP są jedynie „przedrukami” informacji z oficjalnej strony internetowej Komisji Europejskiej) podaje się informacje o przykładowych dokumentach wydawanych w krajach Unii Europejskiej, jednak informacje te nie mogą być uznane za źródło prawa, a jedynie traktowane pomocniczo. Zresztą informacje te nie rozwiązują problemów dotyczących dokumentów pochodzących z krajów nienależących do Unii Europejskiej. Tak więc podmiot mający siedzibę za granicą, aby złożyć prawidłowy dokument w polskim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi dokonać uprzednio analizy prawnoporównawczej własnego porządku prawnego z polskim systemem prawa, sprawdzić, składając wnioski do wszelkich możliwych instytucji, czy u niego wydaje się zaświadczenia o zakresie identycznym, jak w polskim prawie, a w razie stwierdzenia braku wydawania takich zaświadczeń – złożyć oświadczenie przed notariuszem.

Przy czym, wobec okoliczności, że często w kraju pochodzenia wydaje się zaświadczenie, ale o treści być może (a właściwie – prawdopodobnie) nie w pełni odpowiadającej prawu polskiemu, podmiot mający siedzibę za granicą powinien złożyć - „z ostrożności procesowej”

– oświadczenie przed notariuszem, że w zakresie, w którym przedłożone zaświadczenie ewentualnie nie odpowiada prawu polskiemu, również nie podlega wykluczeniu. Jako że takie rozwiązanie może być uznane za wadliwe, ponieważ oświadczenie składa się tylko wówczas, gdy w kraju pochodzenia nie wydaje się właściwego dokumentu – powinien więc złożyć na wszelki wypadek oświadczenia, o których mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia

26

(niemniej wykonawca mający siedzibę za granicą może mieć uzasadnione wątpliwości co do możliwości złożenia takiego zaświadczenia, skoro ma je złożyć dopiero wówczas, jeżeli w jego kraju zaświadczeń „nie wydaje się”).

Izba w orzecznictwie dostrzegała już problem nieadekwatności zaświadczeń prawa obcego do zakresu zaświadczeń prawa polskiego. I tak w orzeczeniu KIO 1891/10, Izba porównując zakres niemieckiego zaświadczenia o niekaralności osoby fizycznej do zaświadczenia polskiego stwierdziła, że jest on węższy, niż zaświadczenia wydawanego w prawie polskim, równocześnie uznała, że „sformułowanie „w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4) – 8)”, zawarte w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów [obecnie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia] stanowi, że podstawę wydania zaświadczenia stanowi katalog wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p. bez względu różnice wynikające z porządku prawnego poszczególnych państw.

W przywoływanym postanowieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach. W przepisach dotyczących zamówień publicznych brak jest jakichkolwiek podstaw dla zamawiającego do badania i porównywania zakresu przedmiotowego dokumentów urzędowych wystawionych w różnych porządkach prawnych.

Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy i konieczności przedkładania wyłącznie dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie sposób bowiem rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko wywodzonej przez odwołującego różnicy w wysokości kary, powodującej, że skazanie ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien co najmniej ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. Analiza komparatystyczna regulacji prawnych państw pochodzenia wykonawców uczestników polskiego rynku zamówień publicznych nie leży w kompetencjach Izby.

Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, a także pewność obrotu wymagają uznania prymatu, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie osoby. Podkreślić należy, że oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa (*verba legis* „dokumentu nie wydaje się”). Takie rozumienie przepisu jest zgodne z założeniem racjonalności ustawodawcy. Nie sposób

27

bowiem przyjąć, że racjonalny ustawodawca, implementując do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 2004/18/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.

W tym miejscu powołać należy postanowienia art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy stanowiący, że wyciąg z rejestru sądowego stanowi wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z wymienionych przypadków (odpowiadających katalogowi przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.). Tak również wypowiedziała się Izba w orzeczeniu KIO 1668/10.

Reasumując powyżej przedstawione poglądy, odnosząc się do kwestii, czy wobec

przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów „lepiej” zaświadczenie prawa obcego, nawet niepełne, czy oświadczenie złożone przed notariuszem, obejmujące co do zasady pełen zakres wymagany prawem polskim, Izba stwierdziła, że zaświadczenie prawa obcego, jeżeli podmiot trzeci je uzyskał w swoim kraju pochodzenia, przedłożyć można zawsze (taki pogląd był wyrażany w przywoływanych wyżej orzeczeniach Izby). Jeżeli Zamawiający, czy to samodzielnie, czy na skutek inicjatywy innego wykonawcy powożmie wątpliwość co do złożonego zaświadczenia (jego zakresu), może wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów; wykonawca może wówczas złożyć oświadczenie. Zgodnie z przywołanym wyżej wyrokiem Sądu Okręgowego w Opolu), aby wykonawca od razu z wnioskiem/ofertą złożył - zamiast zaświadczenia, o którym z góry wiadomo, że nie odpowiada w pełni zakresowi polskiego zaświadczenia - oświadczenie, o którym mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Złożone dokumenty (i zaświadczenia i oświadczenia) można zakwestionować, przedstawiając dowód przeciwny – potwierdzający, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Takich dowodów Odwołujący nie przeprowadzili. Podkreślić trzeba, że wykonawca podlega wykluczeniu jedynie wówczas, kiedy nie wykaże spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych), a nie wtedy, kiedy nie przedłoży odpowiednich dokumentów (jak przed nowelizacją Prawa zamówień publicznych)

Odnosząc się do kwestionowanych w odwołaniach dokumentów, Izba stwierdziła, co następuje: nie można kwestionować prawidłowości dokumentu prawa obcego, jeżeli jest on zgodny z prawem obowiązującym w miejscu jego wydania.

28

Co do braku wykazania, iż nie otwarto postępowania likwidacyjnego i nie ogłoszono upadłości Siemens AG i RHODE&SCHWARTZ, Odwołujący utrzymywali, że za pomocą wypisów z rejestrów handlowych austriackiego, niemieckiego i szwajcarskiego nie wykazano we wniosku Siemens spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem są one wadliwe pod względem formalnym – nie można ich uznać za dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w polskiego według polskiego prawa. Rozpatrzenie zarzutu w tym zakresie, odmiennie niż w przypadku Eads GmbH, może mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem Siemens nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Siemens podnosił, że przedstawił dla tych podmiotów wypisy z właściwych rejestrów, z których wynika, że nie otwarto postępowania likwidacyjnego i nie ogłoszono upadłości – gdyby takie zdarzenia nastąpiły, byłaby w nich wzmianka (co potwierdził wyciągami z odpowiednich przepisów prawa obcego).

Wobec powyższych okoliczności, Izba stwierdziła, iż skoro w kraju pochodzenia wydaje się odpowiedni dokument – jest nim wypis z rejestru handlowego, odpowiednik polskiego KRS, nie było podstaw, aby żądać w tym zakresie innego dokumentu czy oświadczenia, a więc złożone dokumenty są prawidłowe.

Odnosnie braku zaświadczenia odośnie zapłacenia podatków innych, niż federalne dla Siemens AG (złożono zaświadczenie z Kantonalnego Urzędu Skarbowego, że spółka nie zalega z uiszczeniem podatków federalnych), Izba stwierdziła, że brak podstaw, aby od spółki prawa szwajcarskiego domagać się zaświadczenia o zakresie szerszym, niż wymaga się od spółek polskich – w Prawie zamówień publicznych od podmiotów, mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie wymaga się zaświadczenia o podatkach lokalnych. Zakres dokumentów, które wykonawcy mają przedłożyć na podstawie § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stanowi zamknięty katalog, będący podstawą uznania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Nie ma żadnej podstawy prawnej, aby żądać od polskiego wykonawcy zaświadczenia, że uiszczył podatki gminne – np. podatek od nieruchomości. Ustawodawca przyjął tu pewne uproszczenie – bowiem trudno byłoby załączyć od wniosków (czy ofert) zaświadczenia dotyczące wszelkich rodzajów podatków (przykładowo, można mieć wiele nieruchomości położonych w różnych częściach Polski) i poprzestał na żądaniu zaświadczenia z właściwego urzędu skarbowego. Skoro tylko takie zaświadczenie jest wymagane od wykonawcy polskiego, żądanie dodatkowych dokumentów byłoby nierównym

traktowaniem wykonawców ze względu na pochodzenie.

Odnosnie zaświadczeń dotyczących uiszczenia składek na ubezpieczenie zdrowotne – podobnie, Izba uznała, że są one właściwe. W Szwajcarii ubezpieczenie zdrowotne

29

pokrywa sam ubezpieczony - osoba fizyczna zatem przedsiębiorstwa nie mogły złożyć takiego zaświadczenia. Siemens wykazał powyższy fakt przedstawiając wyciągi z odpowiednich aktów prawnych i zasadniczo nie zostało to zakwestionowane przez stronę przeciwną. Natomiast spór na rozprawie toczył się o składki zdrowotne w Niemczech - Zamawiający zauważył, że Konsorcjum Motorola w zależności od tego, czy bronił prawidłowości własnych dokumentów, czy kwestionował prawidłowość dokumentów we wnioskach konkurencyjnych, zajmował inne stanowisko w odniesieniu do niemieckich składek zdrowotnych: pismem z dnia 25 listopada 2010r. złożonym do sprawy KIO 2496/10 Odwołujący w sprawie 2494/10, Konsorcjum Motorola, przedstawił opinię, z której wynika, że w Niemczech nie wydaje się osobnego zaświadczenia o opłaceniu składki na ubezpieczenie zdrowotne. W ocenie Zamawiającego stanowi to przyznanie, że w zakresie spółki niemieckiej Siemens złożył dokumenty prawidłowe – i Izba przychyliła się do tego stanowiska.

Stan prawny odnośnie ubezpieczenia zdrowotnego w Niemczech zasadniczo nie był sporny: system ubezpieczeń społecznych jest zdecentralizowany, jest ok. 169 podmiotów, u których można uiścić składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Rzeczywiście, w niektórych wnioskach znalazły się zaświadczenia z Kas Chorych – ale do żadnego wniosku nie załączono zaświadczeń ze wszystkich potencjalnych instytucji. Tymczasem, aby uczynić zadość wymogowi przedłożenia właściwego zaświadczenia, zgodnie z tokiem rozumowania Odwołujących, trzeba byłoby przedłożyć zaświadczenia od wszystkich instytucji mogących potencjalnie pobierać składki – dopiero wówczas zakres zaświadczenia pokrywałby się z zaświadczeniem z polskiego ZUS. Zaświadczenie pozytywne z jednej czy dwóch niemieckich Kas Chorych nie oznacza przecież, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek w pozostałych kasach. Wobec czego, gdyby uwzględnić zarzuty odwołania, wszyscy wykonawcy składający dokumenty dotyczące spółek niemieckich musieliby składać ok. 169 zaświadczeń ze wszystkich podmiotów, potencjalnie mogących wydać takie zaświadczenia, i to dla każdej spółki niemieckiej. Izba uznała, że taki wymóg byłby nadmierny i dyskryminował podmioty zagraniczne.

Izba również uznała, że zaświadczenie dla spółki francuskiej w ofercie Thales jest właściwe – co jest zgodne ze stanowiskiem Izby wyrażonym w sprawie KIO 735/10.

Wobec powyższego, Odwołujący nie udowodnili, że nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zasadniczo wobec treści art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, musieliby wykazać, że konkurenci zalegają z uiszczeniem składek i podatków, a nie – że nie przedłożyli właściwych dokumentów).

Reasumując, nie było podstaw do uwzględnienia zarzutów kwestionujących prawidłowość dokumentów prawa obcego.

30

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2494/10 i KIO 2494/10 – zarzuty dotyczące doświadczenia wykazanego we wniosku Siemens

Siemens na rozprawie oświadczył, że miał świadomość, że usługi wskazane w wykazie usług załączonym do jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pod numerami 6-13 nie spełniają wymogów Zamawiającego, a to chociażby z powodu wad formalnych referencji. Wobec powyższego Izba rozpatrywała wyłącznie zarzuty dotyczące usług umieszczonych w wykazie 1-4 (przy czym jedynie Konsorcjum Alcatel kwestionowało prawidłowość usługi nr 3, Konsorcjum Motorola uznało tę usługę – jako jedyną z wykazu usług Siemens - za spełniającą wymogi Zamawiającego); oświadczenie Siemens na rozprawie w zakresie usług 6-13 było równoznaczne z przyznaniem, że nie spełniają one w pełni wymogów Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że przy ocenie spełnienia warunków nie brał pod uwagę usługi nr 5, jednak z innych przyczyn, niż wskazał Odwołujący Konsorcjum Motorola w odwołaniu (ponieważ zakres wskazanej tam usługi nie dotyczy warunku zamówienia). Rzeczywiście, ogranicza się ona jedynie do dostawy sprzętu, jak wynika z referencji, zatem Izba również jej nie wzięła pod uwagę.

Izba ustaliła, co następuje: zgodnie z dokumentacją niniejszego postępowania, w odwołaniu KIO 2496/10 przywołano trafnie postanowienia ogłoszenia, w których Zamawiający opisał, jakie warunki należy spełnić, aby wykazać się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (przywołane w części I niniejszego uzasadnienia). I tak, należało wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należytych wykonaniem, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) co najmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem było: zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej w paśmie częstotliwości 380-400 MHz, przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych w danym kraju za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmującego swym zasięgiem obszar co najmniej 7 000 km² i składającego się minimum ze 100 stacji bazowych oraz obsługującego co najmniej 10 000 terminali końcowych (dalej: warunek A) oraz
- b) co najmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem było: zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej w paśmie częstotliwości 380-400 MHz przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek lub ratownictwo celem obsługi sportowej imprezy masowej o charakterze międzynarodowym, obejmującego zakresem działania co najmniej jeden obiekt sportowy np. stadion, hala sportowa (warunek B).

31

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy do treści ogłoszenia, wyjaśnił w dn. 8 września 2010 r. (odpowiedź nr 18), że aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie wystarczy wykazać się wykonaniem jednego projektu, spełniającego wymogi warunku A i warunku B – zatem należało się wykazać wykonaniem dwóch projektów.

W związku ze sformułowaniem warunku A i B, można było się spodziewać, że wykonawcy wskażą usługi „ogólnokrajowe” i usługi dotyczące obiektu sportowego znajdującego się na terenie tego samego kraju, co usługa „ogólnokrajowa” – wówczas może się okazać, że system wykonany „celem obsługi sportowej imprezy masowej o charakterze międzynarodowym, obejmujący zakresem działania co najmniej jeden obiekt sportowy” jest elementem systemu ogólnokrajowego. Wówczas pojawia się problem, na ile jest to wyodrębniony system i jak to zbadać – Zamawiający powinien być przygotowany na rozwiązanie tego zagadnienia, o ile w sposób stanowczy nie dopuścił wykonania jednego projektu na spełnienie obu warunków.

Reasumując, należało się wykazać wykonaniem co najmniej dwóch usług, (przy czym jeden system nie mógł być elementem drugiego), polegających na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej w paśmie częstotliwości 380-400 MHz, przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo:

- 1) w ramach systemu krajowego, obejmującego swym zasięgiem obszar co najmniej 7 000 km² i składającego się minimum ze 100 stacji bazowych oraz obsługującego co najmniej 10 000 terminali końcowych oraz
- 2) celem obsługi sportowej imprezy masowej o charakterze międzynarodowym, obejmującego zakresem działania co najmniej jeden obiekt sportowy np. stadion, hala sportowa.

Nie ulega wątpliwości, iż w związku z takim sformułowaniem warunku, wszystkie cechy obu systemów musiały być spełnione łącznie (np. nie wystarczyłoby wykonanie systemu, bowiem należało go również zaprojektować i wdrożyć). Do wniosku należało załączyć również dokumenty potwierdzające, że usługi te wykonano należycie (tzw. „referencje”).

Wobec postanowień ogłoszenia, przewidujących, iż do dalszego etapu postępowania zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę punktów. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie nie większa niż 5, wówczas do dalszego etapu postępowania zostaną zaproszeni wszyscy wykonawcy spełniający te warunki (pkt III.2.1.2 ogłoszenia, i biorąc pod uwagę okoliczność, że Zamawiający dopuścił do dalszego udziału w postępowaniu 4 wykonawców, a spośród

czterech wykluczonych tylko jeden może być skutecznie „przywrócony do postępowania”, bowiem Izba powyżej uznała, że Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Konsorcjum EADS – wystarczy ustalić, że Siemens w przedłożonym wraz z wnioskiem wykazem usług, wykazał co najmniej jedną usługę na spełnienie warunku A i co najmniej jedną na spełnienie warunku B.

I tak, badając kolejno usługi z wykazu załączonego do wniosku Siemens pod nr 1-5, w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniach KIO 2494/10 i KIO 2496/10 Izba ustaliła, co następuje:

Warunek A mogłaby spełniać usługa nr 1 i referencja wystawiona dla RHODE&SCHWARTZ, o ile nie wątpliwości co do pokrywania się zakresu wykonanej usługi z postawionym przez Zamawiającego warunkiem. O spełnieniu warunku udziału w wykonanej usługi w postępowaniu zakresie zasadniczo decyduje oświadczenie wykonawcy wyrażające się w opisie usługi w wykazie, jednak jeżeli z załączonych referencji wynikają wątpliwości co do jej zakresu – Zamawiający powinien te wątpliwości wyjaśnić. O treści referencji decyduje jej szczegółowy zakres, a nie źle przetłumaczona „preambuła”, wobec dokładnego przetłumaczenia zakresu rzeczowego nie ma mowy o podaniu nieprawdziwych informacji; oświadczenie o należytych wykonaniu (w ostatnim akapicie) jest wystarczające – Izba nie uwzględniła więc zarzutów obu odwołań w tym zakresie. Okoliczność, że RHODE&SCHWARTZ nie zrealizował zamówienia sam, ale również z innymi podmiotami nie przesądza, że nie wykonał usługi (brak możliwości postawienia wymogu, aby wykonawca wykonał usługę przedstawianą na spełnienie warunku udziału w postępowaniu samodzielnie), niemniej istnieją wątpliwości, czy w ogóle RHODE&SCHWARTZ realizował zamówienie w takim zakresie, że spełnia warunek udziału w zamówieniu – bowiem jedynie „pomagał” w planowaniu, konfiguracji sieci i jej uruchomieniu. Referencje wyraźnie akcentują „dostarczenie sprzętu” przez RHODE&SCHWARTZ, a z referencji we wniosku Konsorcjum Texel rzeczywiście może wynikać, że projektował system i go wdrażał inny podmiot. Siemens na rozprawie przedłożył referencje wydane przez Nokia, potwierdzające że dla malezyjskiego systemu RHODE&SCHWARTZ zaprojektowało system i „zarządzało jego wdrożeniem”, co jednak pogłębia wątpliwości co do referencji nr 1 załączonej do wniosku, a wystawionej przez Sapurę – na czyją rzecz RHODE&SCHWARTZ wykonywało zamówienie i jaki był zakres wykonanej usługi. Zamawiający w toku ponownej oceny wniosków powinien te wątpliwości wyjaśnić.

Usługi nr 2 i 3, jak wynika z potwierdzających je referencji, są wpięte w ogólnonarodowy system POLYCOM – Szwajcarska Narodowa Sieć Bezpieczeństwa, powstaje więc pytanie, na ile dotyczą wyodrębnionych systemów. Liczba składników dla poszczególnych usług się znacznie różni, np. w usłudze nr 2 jest 750 stacji bazowych, w usłudze nr 3 – 10, co by wskazywało, że jedna jest dla systemu ogólnokrajowego, druga – dla imprezy masowej, niemniej jednak dla wykazania się spełnieniem obu warunków udziału w postępowaniu, warunku A i B, musiałyby to być zupełnie odrębne systemy. Ponieważ usługa nr 2 jest w trakcie realizacji, i trudno jednoznacznie stwierdzić, czy spełnia wymogi ogłoszenia (tj. ile już zrealizowano) – więc należałoby te wątpliwości wyjaśnić. O ile wartość usługi nie była istotna ze względu na brak przeprowadzenia oceny punktowej, to wątpliwość zasadnicza polega na braku możliwości ustalenia, czy usługa została zrealizowana w takim zakresie, że powstał już system ogólnonarodowy (skoro zrealizowano „60% obszaru”). Należy więc po pierwsze ustalić, czy zakres wykonanej już usługi odpowiada wymogowi (o ile można wykazywać się usługami w trakcie wykonywania, to jednak muszą one już być wykonane w zakresie odpowiadającym wymogowi) i czy usługi nr 2 i 3 obejmują odrębne projekty – zgodnie z odpowiedzią nr 18 z dn. 8 września 2010 r.

Usługę nr 3 (Konsorcjum Motorola jej nie kwestionowało, a Konsorcjum Alcatel zasadniczo tylko zauważało, że poz. 2 i 3 to ten sam system, i jeżeli poz. 2 jest na potwierdzenie warunku A, to zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie do ogłoszenia, nie można wziąć jej pod uwagę) można uznać za spełniającą warunek B

postawiony przez Zamawiającego (o do imprezy masowej).

Druga usługa dotycząca imprezy masowej miałaby znaczenie wyłącznie w przypadku oceny punktowej – gdyby do tego doszło, usługę nr 4 również należałoby wyjaśnić, bowiem sama okoliczność, że w Rostowie nad Donem, jak oświadczył Siemens, działa drużyna sportowa, nie jest równoznaczne, z faktem, że wykonano system dla obsługi imprezy sportowej o charakterze międzynarodowym (z referencji wynika, że wykonano „Profesjonalne Mobilne Radio”). O ile nie doszło (i nie dojdzie) do oceny punktowej, tę kwestię jednak można pominąć i dążyć do wyjaśnienia zakresów usług nr 1 i 2 o charakterze ogólnokrajowym, aby móc uznać, że Siemens spełnił warunek A.

Wobec powyższego uznano zarzuty obu odwołań KIO 2494/10 i KIO 2496/10 w odniesieniu do niewykazania przez Siemens spełnienia merytorycznych warunków udziału w postępowaniu za zasadne i nakazano Zamawiającemu powtórzenie oceny wniosków z zastosowaniem procedury wyjaśniającej.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2496/10 – zarzuty dotyczące sposobu poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem

34

Odwołujący Konsorcjum Alcatel wskazywał, że dokumenty załączone do wniosku Siemens są niezgodne z § 6 ust. 2 rozporządzenia 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 – ponieważ zostały poświadczone za zgodność z oryginałem nie przez podmioty, których dotyczą, ale przez pełnomocnika Konsorcjum. Zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły zarówno dokumentów dotyczących bezpośrednio podmiotów trzecich, jak i zobowiązań tych podmiotów do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, co do których Odwołujący twierdził, że złożyć je można tylko w oryginale.

Stan faktyczny w tej kwestii nie był sporny – dokumenty załączone do oferty Konsorcjum zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem nie bezpośrednio przez wykonawcę, od którego „pochodziły”, a przez upoważnionego pełnomocnika Konsorcjum.

Ponadto Izba ustaliła, że wobec dokumentów załączonych do własnego wniosku Odwołujący (również występujący wspólnie, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tzw. „konsorcjum”) stosował taką samą metodę potwierdzania za zgodność z oryginałem, tj. przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie przez poszczególnych wykonawców – dotyczyło to zarówno dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, jak i zobowiązań tych podmiotów do udostępnienia zasobów (przykładowo, na stronie 20 wniosku Konsorcjum Alcatel, zobowiązanie Alcatel-Lucent Austria AG do udostępnienia zasobów).

Taki sposób potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zgodne z powszechnie przyjętym zwyczajem i Izba musiała ocenić, czy zwyczaj ten jest zgodny z obowiązującym rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zgodnie z § 6 ust. 2 tego rozporządzenia, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty, co zgodnie z uzasadnieniem projektu rozporządzenia przekazany Radzie Ministrów 18 grudnia 2009 r. (<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/legislacja/projekty-aktow-normatywnych/reorganizacja-strony-12-01.10-1/dokumenty/rozp-dokumenty-%20na%20KRM-18.12.09.pdf>) miało „przyczynić się do udzielania rzetelnych informacji oraz do tego, aby dokumenty były jak najbardziej wiarygodne.” Jednak nie można twierdzić, że jeżeli wykonawca sam, „za podmiot trzeci”, potwierdzi zgodność dokumentu z oryginałem, to potwierdzenie to nie jest wiarygodne – sam ustawodawca przyjął zasadę potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (§ 6 ust. 1 zd. pierwsze).

W ocenie Izby, ani z brzmienia przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia, ani z jego uzasadnienia (które jednakże źródłem prawa nie jest, jedynie mogłoby w przypadku

35

wątpliwości wskazywać kierunki interpretacyjne) nie wynika, że uprawnienia do

potwierdzania za zgodność z oryginałem nie można przekazać innemu podmiotowi. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokumentu jest oświadczeniem wiedzy, ale tego rodzaju, że można przekazać uprawnienie do jego złożenia innemu podmiotowi – w postępowaniu przed Zamawiającym: pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jeżeli bowiem upoważniony przedstawiciel konsorcjantów zapoznał się z oryginalnym dokumentem i potwierdził zgodność z kopii tego dokumentu z oryginałem – takiego działania nie można uznać za czynność sprzeczną z rozporządzeniem, skoro ustawodawca takiej możliwości nie wyłączył. Jeżeli wykonawca bądź podmiot trzeci zgodnie z rozporządzeniem ma prawo sam potwierdzić dokument za zgodność z oryginałem, to ma również prawo przekazać uprawnienie do dokonania tej czynności pełnomocnikowi.

Potwierdzenie „za zgodność z oryginałem” przez przedstawiciela konsorcjantów oznacza, że zapoznał on się z oryginałem dokumentu i oświadcza, że załączona do oferty kopia jest zgodna z tym oryginałem.

Należy zauważyć, że wykonawcy, którzy nie występują wspólnie o udzielenie zamówienia, a składają ofertę samodzielnie, również często działają przez pełnomocnika, który potwierdza załączone dokumenty za zgodność z oryginałem. Również zamawiający, przekazując Izbie dokumentację, która powinna być potwierdzona za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, zwykle przekazują ją potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez pracownika zamawiającego, na podstawie stosownego upoważnienia. Zatem przekazywanie uprawnienia do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów jest czynnością powszechną i trudno akurat pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odmówić takiego prawa.

Powyższe rozważania nie dotyczą tylko dokumentów odnoszących się bezpośrednio do podmiotów trzecich (zaświadczeń/oświadczeń o niekaralności, niezaleganiu z podatkami, składkami ubezpieczeniowymi itd.), ale również zobowiązań tych podmiotów do udostępnienia zasobów, bowiem nie ma powodów, aby akurat te dokumenty traktować szczególnie (odmiennie od pozostałych dokumentów). Fakt, że podstawą ich żądania jest przepis art. 26 ust. 2 b Prawa zamówień publicznych, nie dyskwalifikuje możliwości potwierdzania tychże dokumentów za zgodność z oryginałem, bowiem zasada z § 6 ust. 1 rozporządzenia odnosi się do możliwości potwierdzania przez wykonawcę wszelkich dokumentów.

Należy zauważyć, że jeżeli Zamawiający miałby wątpliwość co do prawdziwości dokumentów złożonych w kopiach, zawsze może zażądać ich oryginałów lub kopii potwierdzonej notarialnie (§ 6 ust. 3 rozporządzenia).

36

Z powyższych względów Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu podnoszonego przez Odwołującego.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2496/10 – zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia dokumentów niewłaściwie zastrzeżonych jako tajne

Wobec cofnięcia przez Odwołującego Konsorcjum EADS na rozprawie zarzutów dotyczących nieuprawnionego utajnienia informacji załączonych do wniosku Konsorcjum Motorola i Siemens, Izba rozpatrywała wyłącznie zarzuty, odnoszące się do zaniechania odtajnienia dokumentów niewłaściwie zastrzeżonych jako tajne w odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum Alcatel.

Odwołujący Konsorcjum Alcatel podnosił, iż Zamawiający nie ujawnił informacji dotyczących wykonanych usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie zawartych we wnioskach Konsorcjum Thales, Konsorcjum Motorola i Konsorcjum EADS, co zdaniem Odwołującego jest wadliwe.

Odwołujący argumentował, iż we wnioskach wyżej wymienionych wykonawców zostały zastrzeżone informacje dotyczące wykazów usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie w zakresie kontraktów publicznych. Informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego doświadczenie zamówienia, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności warunku A (pkt III.2.1) ppkt 1.1 a) ogłoszenia o zamówieniu) są zamówieniami publicznymi, realizowanymi na rzecz podmiotów

publicznych. Tezę taką potwierdza rodzaj i zakres wymaganego doświadczenia dotyczącego zaprojektowania, wykonania i wdrożenia cyfrowego, trunkingowego systemu łączności radiowej (...) przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych w danym kraju za bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ratownictwo, obejmującego swym zasięgiem obszar co najmniej 7 000 km² i składającego się minimum ze 100 stacji bazowych oraz obsługującego co najmniej 10 000 terminali końcowych. Podmiotem, który zamawia taki system, mógł być wyłącznie podmiot publiczny, co oznacza iż wykonawcy nie mieli podstaw do ujawnienia wykazu doświadczenia i referencji.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum Motorola oraz Konsorcjum EADS wskazało we wniosku (w spisie treści) informacje dotyczące załączonych referencji.

Izba ustaliła, że rzeczywiście we wnioskach Konsorcjum Motorola oraz Konsorcjum EADS w spisie treści (odpowiednio strona 3 i 4 wniosków) ujęto informacje dotyczące usług

37

i referencji – można z nich wywieść, dla jakich podmiotów zostały wystawione, a w spisie treści Konsorcjum Motorola podano również, przez jakich zleceniodawców zostały wystawione.

Konsorcjum Motorola, Konsorcjum EADS i Konsorcjum Thales zastrzegło jako niejawnne informacje dotyczące m. in. wykazu wykonanych usług, w tym potwierdzających je referencji. Również inne informacje zastrzeżono jako tajne, niemniej jednak odwołanie dotyczyło tylko wykazów usług i referencji.

Izba ustaliła również, że Zamawiający prowadził procedurę wyjaśniającą w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi otrzymał pisma wyjaśniające Konsorcjum Motorola, Konsorcjum EADS i Konsorcjum Thales, z których jedynie to ostatnie zastrzegło złożone wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wszystkie usługi ujęte w zakwestionowanych wykazach są wykonywane na rzecz „podmiotów publicznych”, niemniej jednak istnieje poważna wątpliwość, czy sam fakt zawarcia umowy z innym podmiotem, choćby prywatnym, jest tajemnicą podlegającą ochronie. O ile jeszcze można uznać, że okoliczność wykonania usługi dla sił zbrojnych i agencji bezpieczeństwa publicznego może być objęta tajemnicą, to w stosunku do pozostałych istnieje poważna wątpliwość w tym zakresie. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Thales podaje, że istnieje „zakaz rozpowszechniania postanowień kontraktu, wszelkiego typu dokumentów i informacji z nim związanych” wobec czego zobowiązana się do nieudostępniania „informacji otrzymanych i wymienianych na podstawie tejże umowy”, w szczególności nie można udostępniać „szczegółowego zakresu i wartości umowy”. W ocenie składu orzekającego, nie stanowi to o braku możliwości odtajnienia informacji z wykazu, poza wartością wykonanych usług. Opis usług w wykazie stanowi bowiem niemal dosłowne zacytowanie opisu warunku udziału w postępowaniu z ogłoszenia. Nikt nie oczekiwał od Konsorcjum Thales ujawniania informacji tajnych w dokumentach załączonych do wniosku – zresztą załączone referencje nie są opatrzone klauzulą tajności, co najmniej referencja na potwierdzenie usługi nr 1 i 3 mają charakter pozytywnej opinii, która zwykle jest wydawana w celu poświadczenia posiadania odpowiedniego doświadczenia – a więc z zasady ujawniana na zewnątrz. Zresztą, i w wyjaśnieniach, i na rozprawie Konsorcjum Thales podkreślało, że objęty tajemnicą jest „szczegółowy zakres usługi” i jej wartość. Zakres – co do ilości poszczególnych składników systemu został podany na stronie 136 i 138 (tłumaczenia dokumentów oryginalnych), jednak nie wiadomo, czy Zamawiający w ogóle brał te dokumenty pod uwagę przy ocenie spełniania warunku (jeden dokument dotyczy przebudowy systemu, drugi nie zawiera oświadczenia o należyтым wykonaniu usługi).

Wyjaśnienia Konsorcjum Motorola i Konsorcjum EADS nie zostały zastrzeżone jako tajne, zawierają stwierdzenia o charakterze ogólnym, i Zamawiający nie miał żadnych

38

powodów, aby nie ujawniać ich pozostałym wykonawcom, wykonawcy ci również nie opowiadali się na rozprawie przeciwko odtajnieniu ich dokumentów, zresztą informacje te częściowo zostały ujawnione w spisie treści załączonym do wniosków. Stanowczo obstawało przy tym Konsorcjum Thales, dlatego szerzej powyżej odniesiono się do dokumentów

złożonych przez tego wykonawcę.

Izba na rozprawie stwierdziła, że jakiegokolwiek nowe dokumenty, mające wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, poza przedstawionymi już przez Konsorcjum Thales Zamawiającemu w odpowiedzi na wyjaśnienia, są zbędne dla dalszego postępowania, a wniosek o rozpatrywanie ich w okrojonym składzie, jedynie w obecności Zamawiającego, nie znajduje oparcia w regulaminie rozpatrywania odwołań.

Zauważyć należy, że również wykonawca Siemens mógł utajnić swój wykaz i referencje, wówczas nie doszłoby do zakwestionowania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Zastrzeżenie informacji jako niejawnych jest wyjątkiem od zasady Prawa zamówień publicznych – zasady jawności, Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien każdorazowo badać, czy oświadczenia wykonawców, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, rzeczywiście zawierają informacje podlegające ochronie. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze – treści zawartych w tych dokumentach, po drugie - okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest zastrzeganie informacji jako niejawnych wyłącznie w celu uniknięcia możliwości weryfikacji ich przez innych wykonawców.

Reasumując, Zamawiający powinien odtajnić informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można uczynić to fragmentarycznie, zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych) zakres i wartość kontraktów, jednak zakres nie może być utajniony w części odpowiadającej postawionemu przez Zamawiającego warunkowi. Zamawiający może ograniczyć się do odtajnienia informacji zawartych w referencjach, które uznał za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowując, uwzględniono wszystkie trzy odwołania: Izba ustaliła, że Konsorcjum EADS nie powinno być wykluczone z postępowania w związku z dokumentami podmiotu trzeciego, należy wyjaśnić spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy Siemens oraz odtajnić informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa, a będące podstawą do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – wobec czego nakazano Zamawiającemu powtórzenie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i orzeczono jak w sentencji.

39

Zamawiający złożył rachunek do wszystkich postępowań odwoławczych, spośród Odwołujących rachunek złożyło Konsorcjum Alcatel.

40

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....

Członkowie:

.....

.....