Sygn. akt: KIO 1926/12

WYROK
z dnia 19 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2012 roku przez wykonawcę **Skanska S.A, 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białołęka, 03 – 122 Warszawa, ul. Modlińska 197**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PLESBUD Sp. z o.o., CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 99/9** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białołęka, 03 – 122 Warszawa, ul. Modlińska 197,** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero gorszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A, 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Białołęka, 03 – 122 Warszawa, ul. Modlińska 197** na rzecz wykonawcy **Skanska S.A, 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1926/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Ceramicznej w Warszawie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2012 r. pod numerem 2012/S 99-164561.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum: PLESBUD Sp. z o.o., CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. (dalej „Konsorcjum") i zaniechania wykluczenia wskazanego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 153, poz. 113 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp": art. 7 ust. 1 i 3 poprzez przeprowadzenie

postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór Wykonawcy dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 pkt. 2 poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niespełniającego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia; art. 24 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (zwanego dalej „rozporządzeniem") poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy, który nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu; art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez niewykluczenie Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu; art. 25 ust. pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia w związku z nie złożeniem przez Wykonawcę wymaganych w SIWZ dokumentów przedmiotowych (certyfikatów), art. 89 ust 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 poprzez nieodrzucenie oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu i wykluczenie Konsorcjum z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu".

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało się budową od podstaw co najmniej jednego budynku o charakterze oświatowym, którego powierzchnia całkowita jest nie mniejsza niż 5500m ^{2}. Zdaniem Odwołującego, warunek dotyczący powierzchni całkowitej

odnosił się do powierzchni całkowitej jedynie budynku a nie łącznej powierzchni budynku wraz z boiskami, jak wynika z treści dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum. Zamawiający przesądził brzmienie warunku w treści Załącznika nr 4, oczekując od wykonawców biorących udział w postępowaniu wykazania, że powierzchnia całkowita budynku o charakterze oświatowym jest nie mniejsza niż 5500 m ^{2}. Wyłonione przez Zamawiającego Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd, podając w przedmiotowej pozycji sumę powierzchni z: budowy nowego budynku (którego powierzchnia wraz z salą gimnastyczną i domem dla woźnego wynosi 4 322,34m ^{2}) oraz rozbiórki starej szkoły oraz budowy dwóch boisk (o przybliżonej powierzchni 10 261,12m ^{2}). W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, należy uznać, iż wybrane przez Zamawiającego Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wynika konieczność dołączenia do oferty certyfikatów, dotyczących zaoferowanych modułów gniazd teletechnicznych. W ofercie Konsorcjum brak jest przedmiotowych certyfikatów, co oznacza, iż Konsorcjum nie potwierdziło wymaganymi dokumentami, że zaoferowane przez nie roboty, dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Brak tychże dokumentów powoduje, zdaniem Odwołującego, iż Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania.

Dalej Odwołujący podniósł, iż przedłożony przez jednego z członków Konsorcjum - odpis z właściwego rejestru nie odpowiada wymogom § 2 ust. 1 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, bowiem przedłożony odpis nie jest odpisem aktualnym, tj. takim, który zawiera aktualne dane podmiotu, którego dotyczy. Załączony do oferty Konsorcjum odpis z rejestru z dnia 29.02.2012 r. wskazuje, iż kadencja organu zarządzającego spółki, powołanego dnia 20.04.2007 r. kończy się z dniem 20 kwietnia 2012 r., biorąc więc pod uwagę termin składania ofert, wyznaczony w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego na dzień 19.07.2012 r., należy stwierdzić, że załączony odpis nie jest odpisem zawierającym aktualne dane.

Odwołujący wskazał również, że Konsorcjum w swojej ofercie załączyło dokument, pod którym podpisał się p. J…….. E..... M……, w którym to dokumencie stwierdza się, iż wskazana osoba działa w imieniu „CMH Obras E Infraestructuras S.A.". P. J…….. E..... M……. oświadczył, że wobec przedsiębiorstwa „CMH Obras E Infraestructuras S.A.", wobec jego osoby oraz wobec pozostałych członków zarządu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Zdaniem Odwołującego, złożone oświadczenie nie

wypełnia dyspozycji wskazanego powyżej przepisu, gdyż: 1) przedmiotowy dokument nie stanowi oświadczenia złożonego przed notariuszem a jedynie stanowi fakt poświadczenia

przez notariusza podpisu osoby stawiającej się przed nim; 2) osoba być może upoważniona do reprezentacji spółki w żadnym wypadku nie może złożyć stosownego oświadczenia za pozostałe osoby wchodzące w skład organu zarządzającego; 3) dokument nie odpowiada treści przepisu art. 24 ustawy Pzp, tj. nie dowodzi, iż wobec spółki czy też poszczególnych członków organu zarządzającego nie orzeczono przestępstw z katalogu art. 24 ustawy Pzp.

Reasumując odwołujący stwierdził, iż biorąc pod uwagę, iż Konsorcjum było wezwane pismem z dnia 09.08.2012 r. do złożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru oraz biorąc pod uwagę fakt, iż nie uczyniło zadość temu wezwaniu, a Odwołujący udowodnił, iż przedłożony dokument wraz z ofertą nie jest dokumentem aktualnym, a także uwzględniając - jednolite w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - iż ponowne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu stanowi istotne naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Konsorcjum jako niespełniające warunków udziału w postępowaniu winno zostać ostatecznie wykluczone a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W punkcie 3.2.1. SIWZ Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu i opisał sposób dokonania oceny tychże warunków. I tak, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający postanowił, iż uzna warunek za spełniony, jeśli: „Wykonawca wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich 5 – ciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3-ech zamówień odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiących przedmiot zamówienia, polegających na budowie, przebudowie budynków oświatowych, w tym:

1. budową od podstaw co najmniej 1 (jednego) budynku o charakterze oświatowym z salami gimnastycznymi, boiskami sportowymi wraz z wyposażeniem w sprzęt sportowy, o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5500m ^{2} ,
2. budową lub przebudową co najmniej 2-ch (dwóch) budynków o charakterze oświatowym, każdy o powierzchni całkowitej części wybudowanej lub przebudowanej nie mniejszej niż 4500m ^{2} .”

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż warunek, o którym mowa powyżej, musi być udokumentowany w wykazie zrealizowanych robót z podaniem ich rodzaju i powierzchni, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone.

Wzór „Wykazu robót” został przez Zamawiającego ustalony w załączniku nr 4 do SIWZ. W rzeczonym Wykazie należało podać m.in. „powierzchnię całkowitą budynku o charakterze oświatowym nie mniejszą niż 5500m $^{2''}$. Jednocześnie Zamawiający w odniesieniu do tego parametru uczynił wzmiankę (po słowie „oświatowym”), iż chodzi o „budynki oświatowe z salami gimnastycznymi, boiskami sportowymi wraz z wyposażeniem w

meble i sprzęt sportowy”.

Zamawiający w załączniku nr 11 do SIWZ, stanowiącym dokumentację projektową wykonawczą, w punkcie 1.11.2 postanowił, iż „aby zagwarantować powtarzalne parametry minimum kategorii 6 oraz potwierdzić zgodność parametrów elektrycznych proponowanych modułów gniazd z obowiązującymi normami wymagane jest na etapie oferty przedstawienie odpowiednich certyfikatów wydanych przez niezależne laboratoria uwzględniające metodę kwalifikacji komponentów sieciowych”.

Zgodnie z punktem 3.3.2 lit. b SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ma obowiązek złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma

siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Przedmiotowe dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Konsorcjum dołączyło do oferty odpis z właściwego rejestru wykonawcy CHM OBRAS E INFRAESTRUKTURAS S.A., jednakże z treści jego wynikało, iż kadencja ujawnionych członków zarządu upłynęła w dniu 20.04.2012 r., a więc przed terminem składania ofert.

W związku z powyższym, Zamawiający w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał (pismo z dnia 09.08.2012 r.) Konsorcjum do przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru, w celu potwierdzenia, iż brak podstaw do wykluczenia Konsorcjum w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 16.08.2012 r. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień w tym przedmiocie, czyniąc podstawą argumentację prawną.

Wraz z ofertą Konsorcjum złożyło oświadczenie pełnomocnika CHM OBRAS E INFRAESTRUKTURAS S.A., z którego wynika, iż wobec reprezentowanej spółki, członków jej zarządu oraz przedstawicieli prawnych oraz wobec składającego oświadczenie nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, nie otwarto również likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości przedsiębiorstwa. Jednocześnie pod podpisem składającego oświadczenie znajduje się poświadczenie tegoż podpisu przez notariusza.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga, jakiej treści Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przesądzenie powyższej kwestii pozwoli bowiem na rozstrzygnięcie, czy Konsorcjum spełnia przedmiotowy warunek.

Istotne znaczenie dla interpretacji spornego postanowienia SIWZ mają wytyczne zawarte w przepisie art. 65 k.c. Poddanie bowiem wykładni określonego oświadczenia woli, rygorom wynikającym z przepisów prawa, jest jedynym sposobem odkodowania treści danego oświadczenia. Przy tym należy zwrócić uwagę, iż jeśli zachodzi potrzeba obiektywnej wykładni oświadczenia woli, podstawową rolę odgrywają obowiązujące powszechnie reguły językowe. Jednocześnie, ustalając znaczenie jakiegoś fragmentu wypowiedzi językowej należy zawsze uwzględniać kontekst językowy - inne wypowiedzi składające się łącznie na jakąś całość (inne fragmenty tego samego oświadczenia woli, a także inne oświadczenia woli, z którymi interpretowane oświadczenie jest związane, ale nie dokumenty wewnętrzne jednej ze stron umowy; wyrok SN z dnia 07.5.2004 r., sygn. akt I CK 686/03, PB 2005, Nr 6, s. 9)

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż zabiegi interpretacyjne dokonane przez Odwołującego nie poddają się tym regułom i z tych przyczyn prowadzą do wadliwych wniosków. Po pierwsze, Odwołujący pomija znaczenie szyku wyrazów w zdaniu i występowanie znaków interpunkcyjnych, które stanowią o występowaniu koniunkcji. Po drugie, Odwołujący w sposób nieuprawniony nie bierze pod uwagę całego kontekstu językowego, mającego ścisły związek z wypowiedzią poddawaną interpretacji.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, iż reguły językowe nakazują odnoszenie zwrotów, wyrazów, zdań do poprzedzających je znaków językowych pozostających w koniunkcji. Zatem, skoro wyraz „budynek" pozostaje w koniunkcji z wyrazem „boisko sportowe" to nie ma możliwości, aby określenie powierzchni całkowitej, które następuje po wskazanej koniunkcji, odnosiło się jedynie do wyrazu bezpośrednio poprzedzającego wskazanie powierzchni. Koniunkcja tworzy bowiem nierozerwalny związek między wyrazami/zdaniami i stąd pomijanie tego związku jest niedopuszczalne. Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, iż zwrot „powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 5500m ^{2} " odnosi się łącznie do budynku i boisk sportowych.

Nadto, zauważyć należy, iż Odwołujący dla wykazania poprawności swojego stanowiska buduje swoją argumentację w istocie o opis kolumny z „Wykazu robót." Zabieg ten jest, z podanych wyżej przyczyn, nieprawidłowy. Nie można bowiem zapominać, iż ustaleniu podlega treść warunku a ta została wyartykułowana w punkcie 3.2.1. SIWZ, zaś załącznik nr 4 do SIWZ, ma znaczenie pomocnicze w interpretacji spornego warunku. Nie

ulega jednak wątpliwości, że wspomniany załącznik winien odzwierciedlać wymogi ustalone

w warunku, nadto musi być odczytywany w całym kontekście językowym. W ocenie Izby, przedmiotowy załącznik nie pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ w tym przedmiocie, a sposób ujęcia spornego warunku w rzeczonym załączniku, jakkolwiek nieco odmienny niż w SIWZ, to niepozostawiający wątpliwości, iż wymagana przez Zamawiającego powierzchnia całkowita odnosi się do budynku o charakterze oświatowym wraz z boiskami sportowymi. Pominięcie przez Odwołującego opisanych wyżej reguł interpretacyjnych, doprowadziło Odwołującego do fałszywych wniosków i z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Odnośnie konieczności dołączenia do oferty certyfikatów, dotyczących zaoferowanych modułów gniazd teletechnicznych, to zwrócić należy uwagę, iż przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia normę, która nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Ustawodawca wskazując miejsce, w którym zamawiający ma obowiązek wyartykułować swoje wymagania, w zakresie określonym we wskazanym przepisie, ustanawia jednocześnie dla wykonawców obowiązek zrekonstruowania wymogów zamawiającego na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ. Oznacza to, iż wiążących postanowień w zakresie sposobu przygotowywania ofert oraz oświadczeń i dokumentów, składanych w celu potwierdzenia spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymogów zamawiającego, należało poszukiwać w treści SIWZ. Aktualność w tym względzie zachowują rozważania poczynione powyżej na kanwie przepisu art. 65 k.c., w szczególności kontekstu językowego. Reguły językowe, stanowiące podstawę wykładni oświadczeń woli, nakazują w celu dokonania prawidłowej wykładni oświadczenia woli, uwzględnianie całokształtu wypowiedzi odnoszących się do danego przedmiotu.

Zatem za nieuprawnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, który zawartym w treści SIWZ wymogom próbuje przypisać inne znaczenie niż to, do którego prowadzą wyniki przeprowadzonej wykładni. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż po pierwsze, należy odrzucić twierdzenia Zamawiającego, jako nie mające uzasadnienia w treści SIWZ, iż wymagane certyfikaty należy złożyć na etapie oferty materiałowej. Regulacjom normatywnym nieznane jest przedmiotowe pojęcie, nie zostało ono również wprowadzone do treści SIWZ. Nadto, oceny tej nie zmienia powoływane przez Zamawiającego postanowienia projektu umowy, a w szczególności § 3 pkt 35 projektu umowy. Uszło bowiem uwadze Zamawiającego, iż wskazane postanowienie kreuje dla wykonawców jedynie obowiązek przedstawienia podczas odbiorów i przekazania Zamawiającemu wraz z budowlaną dokumentacją powykonawczą oryginalnych atestów i świadectw dopuszczających do

stosowania (zgodnie z wymogami prawa budowlanego, przepisów przeciwpożarowych, sanitarno-epidemiologicznych i inspekcji pracy) użytych przy realizacji zamówienia materiałów budowlanych, elementów wykończenia, wyposażenia i technologii. Zaś, w zakresie dokumentów wymienionych w powołanym postanowieniu nie mieszczą się sporne certyfikaty.

Tym samym nie znalazło potwierdzenia stanowisko Zamawiającego, że brak możliwości wywiedzenia przedmiotowego obowiązku względem wykonawców. Reasumując stwierdzić należy, iż ogólne postanowienia SIWZ nie wyczerpują treści SIWZ. Załączniki również stanowią integralną treść SIWZ i odwołanie się do nich może się okazać niezbędne, w celu zrekonstruowania woli zamawiającego. Zamawiający w sposób nieuprawniony więc pominął treść załącznika nr 11, który w sposób wyraźny i jednoznaczny ustanawiał dla wykonawców obowiązek dostarczenia konkretnych, ściśle wyspecyfikowanych przez Zamawiającego, certyfikatów. Zamawiający również wskazał, że dołączenie do oferty spornych dokumentów jest niezbędne na etapie składania ofert, a nie ewentualnie w trakcie realizacji zamówienia.

Nadto, należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca nie wprowadził gradacji ważności

dokumentów, czy też skuteczności ustanowienia obowiązku dla wykonawców, w zależności od miejsca ich wyartykułowania w treści SIWZ. Wykonawcy zobowiązani są przed przygotowaniem oferty zapoznać się z treścią całej SIWZ, którą to okoliczność potwierdzają również w ofercie. Częstokroć również nie jest wystarczające, w celu przygotowania oferty, zapoznanie się jedynie z postanowieniami ogólnymi SIWZ. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Jakkolwiek bardziej trafne byłoby umieszczenie tychże spornych dokumentów w części podstawowej SIWZ, to jednak powyższe nie może zaburzać procesu interpretacji oświadczeń woli. Tym samym nie znalazło potwierdzenia stanowisko Zamawiającego, że brak możliwości wywiedzenia przedmiotowego obowiązku względem wykonawców, a w konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 powoływanego rozporządzenia należało uznać za uzasadniony.

Nie zasługuje zaś na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 powoływanego rozporządzenia. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż odpis z właściwego rejestru wymagany jest w celu potwierdzenia, iż nie ziściły się wobec wykonawcy okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie ustawodawca w powołanym przepisie rozporządzenia ustalił, jaki dokument wymagany jest dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, definiując jednocześnie termin „aktualność" w odniesieniu do rzeczonego dokumentu.

Wywodzenie więc, iż dokument nie potwierdza innej okoliczności niż ta, której

potwierdzeniu tenże dokument służy nie może się powieść. Takiego zaś zabiegu dokonał Odwołujący. Zatem, skoro bezsprzeczne w niniejszej sprawie jest i co stanowi konsekwencję regulacji powołanych wyżej przepisów prawa, iż rejestr służy wykazaniu, iż w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości, to na tej podstawie nie można czynić zarzutu, iż rzeczony dokument nie potwierdza innych okoliczności. Jakkolwiek, w istocie podstawą do wezwania Konsorcjum przez Zamawiającego był przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to jednakże z nie mającymi oparcia w przepisach prawa czynności Zamawiającego nie można łączyć negatywnych skutków dla wykonawcy.

Brak wykazania prawidłowości umocowania należy bowiem oceniać przez pryzmat przepisów cywilnych, zaś skutki powyższego należy ustalać w świetle przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp a nie na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co się zaś tyczy formy oświadczenia, złożonego na okoliczność, iż Konsorcjum nie podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż z treści przepisu § 4 ust. 3 powoływanego rozporządzenia znaczenia zwrotu „oświadczenie złożone przed notariuszem" należy poszukiwać w prawie polskim i odnosić wprost do formy aktu notarialnego.

Stanowisko powyższe jest nieuprawnione w świetle przepisu art. 25 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 80, poz. 432), który nakazuje formę czynności prawnej oceniać według prawa właściwego dla tej czynności. Nadto, posłużenie się przez ustawodawcę wskazanym terminem uzasadnia wniosek, iż ustawodawca zdając sobie sprawę z odmienności porządków prawnych i tym samym odmienności czynności dokonywanych przez notariusza w poszczególnych państwach posłużył się zwrotem niedookreślonym, którego znaczenia należy poszukiwać na gruncie prawa właściwego.

W niniejszej sprawie prawem właściwym jest prawo obowiązujące w Królestwie Hiszpanii a skoro Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób normuje tę problematykę prawo właściwe, co więcej nie zasiał nawet wątpliwości w tym względzie, to niepowodzeniem zakończyć się musiał zabieg Odwołującego, który stara się prawidłowość formy dokumentu państwa obcego oceniać przez pryzmat regulacji krajowych. Powyższe stanowisko znalazło odzwierciedlenie również w orzecznictwie m.in. w wyroku z dnia 23.03.2011 r. SO w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 82/11.

Na marginesie zauważyć należy, iż sporne oświadczenie oprócz poświadczenia podpisu przez notariusza zawiera odwołanie do protokołu sporządzonego przed notariuszem w dniu składania oświadczenia, a biorąc pod uwagę, iż rozpoczyna się od słów: „oświadczam pod przysięgą", uzasadnia stanowisko, iż zostało złożone przed notariuszem.

Co do niemożliwości złożenia przez osobę upoważnioną do reprezentacji spółki oświadczenia za pozostałe osoby wchodzące w skład zarządu, to stanowisko Odwołującego należy uznać za wadliwe. Uszło uwadze Odwołującego rozróżnienie pomiędzy oświadczeniem woli za oświadczeniem wiedzy. Oświadczenie wiedzy może złożyć osoba, która posiada informację o danym stanie rzeczy, co oznacza, iż nie jest wykluczone złożenie takiego oświadczenia przez pełnomocnika spółki.

Ostatni z zarzutów, iż dokument nie dowodzi, że wobec spółki, jak i poszczególnych członków organu zarządzającego nie orzeczono przestępstw z katalogu art. 24 ustawy Pzp, jako pozbawiony jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący nie przytaczając jakiejkolwiek argumentacji w tym przedmiocie nie dał podstaw Izbie do jej oceny.

Reasumując, brak w ofercie Konsorcjum certyfikatów stanowi podstawę do wezwania tego wykonawcy, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do ich uzupełnienia. Jednocześnie powyższe potwierdza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Natomiast, wobec niepotwierdzenia okoliczności, iż Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyni zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp chybionym. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Za nieuzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem zaistnienie przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z mocy prawa nie mieści się w hipotezie normy, zawartej we wskazanym przepisie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący: ……