

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2011 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w
składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorebska (spr.)

Sędziowie: SSO Krystyna Faściszewska - Raba

SSO Grażyna Jeziorowska

Protokolant: sekr. sądowy Iwona Zdebel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2011 r. w Katowicach

sprawy z odwołania konsorcjum:

-Alstom Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider) -
Alstom Power Systems GmbH w Niemczech -PBG Spółki Akcyjnej w
Wysogotowie

przeciwko zamawiającemu

Południowemu Koncernowi Energetycznemu Spółce Akcyjnej w Katowicach

przy uczestnictwie przystępujących do postępowania odwoławczego

1. po stronie odwołującego

Konsorcjum:

- Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie (Lider)
- Doosan Power Systems Limited w Anglii
- SKODA PRAHA Invest s.r.o. w Republice Czeskiej

2. po stronie zamawiającego

a. Konsorcjum

SNC -LAVALIN Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider)

- SNC-LAVALIN Inca w Kanadzie
- HITACHI Power Europe GmbH w Niemczech

b. Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie

c. Konsorcjum

- China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider)
- China National Electric Equipment Corporation CNEEC w Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego:

Konsorcjum :

- Alstom Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider)
- Alstom Power Systems GmbH w Niemczech
- PBG Spółki Akcyjnej w Wysogotowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/2814/10

1. oddała skargę;
2. zasądza od skarżącego Alstom Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider) na rzecz uczestnika China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider) kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;
3. zasądza od skarżącego Alstom Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider), na rzecz przeciwnika skargi Południowego Koncernu Energetycznego Spółki Akcyjnej w Katowicach kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Uzasadnienie

Zamawiający Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach opublikował Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.) w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. „Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w PKE SA - Budowę Bloku Energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno 111 - Elektrownia II w zakresie: kocioł parowy, turbozespoł, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku”.

Następnie w dniu 14 grudnia 2010 r. ogłosił informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z ich uzupełnieniami i wyjaśnieniami dokonany na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Od wskazanej decyzji Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniosło Konsorcjum - ALSTOM Power Sp. z o. o. (lider) oraz ALSTOM Power Systems GmbH (członek) i PBG S.A. (członek). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 57 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3; ust 2 pkt 3 i 4, w związku z art. 26 ust 1 i 2a ustawy Pzp oraz § 2 ust 2 i § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz U z 2009 r. nr 226 poz. 1817). W uzasadnieniu wykonawca podał, że zgodnie z art. 7 ust 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższa zasada uzupełniana jest przez przepisy traktujące o cechach wykonawcy niezbędnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 Pzp), jak również o przesłankach negatywnych, których wystąpienie rodzi nakaz wykluczenia wykonawcy z postępowania art. 26 ust. 1 i 2 Pzp. Podniósł także, że do dalszego udziału w postępowaniu zostały dopuszczone podmioty, które bezwzględnie powinny zostać z niego wykluczone na podstawie przepisów Pzp bądź, które ewentualnie winny zostać wykluczone z postępowania po wcześniejszym wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentacji, co dotyczy: Konsorcjum COVEC w składzie: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. (lider), oraz China National Electric Equipment Corporation (członek); Konsorcjum Tencimont w składzie: Tecnimont S.p.A. (lider),

Tecnimont Poland Sp. z o.o. (członek), Sices Montaż Sp. z o.o. (członek), Burmeister & Wain Energy A/S (BWEA/S) (członek) oraz KTI Poland S.A. (członek); Wykonawcy Budimex S.A. i Konsorcjum Energomontaż w składzie: Energomontaż - Południe S.A (lider) oraz Harbin Power Engineering Company Limited (członek).

Odwołujący w części obejmującej szczegółowe rozważania zawarł wiele zarzutów kierowanych do uczestniczących w postępowaniu Wykonawców, przy czym poniżej odnotowano jedynie te, które następnie zawarł również w skardze na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum CQVEC podniesiono następujące zarzuty: 1) Brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości COVEC i CNEEO; konieczność złożenia dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy - w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy i wynika z pkt. III.2.1 i 1 a Ogłoszenia o Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium RP). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 Rozp.

wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty, które powinny być wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Uwzględniając różne porządki prawne, ustawodawca przewidział, że może dojść do przypadku, że w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. W takiej sytuacji, możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone np. przed notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozp.) - oświadczenie zastępcze. Przedłożenie, zatem dokumentów zawierających oświadczenie wykonawcy złożone przed notariuszem, jest dopuszczalne tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym ma siedzibę dany wykonawca, nie wystawia się dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Ustawodawca bardzo wyraźnie wskazał taką kolejność i nie dopuścił w tym zakresie swobody wykonawcy w zakresie wyboru formy. COVEC i CNEEC dla potwierdzenia, że wobec tych podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, przedstawiły zastępcze oświadczenia, które zostały podpisane przez notariusza. Powyższa forma uchybia obowiązkowi określonemu w Rozporządzeniu oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Zarówno COVEC i CNEEC miały możliwość uzyskania urzędowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Działające na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej wydziały rejestracji wniosków poszczególnych Sądów Ludowych wydają na wniosek zainteresowanych podmiotów zaświadczenia dotyczące złożonych wniosków o otwarciu likwidacji i ogłoszeniu upadłości przez dany podmiot. Dokonując wnioskowania a maiori ad minus, skoro w stosunku do danego podmiotu nie wpłynął nawet wniosek o ogłoszenie upadłości, czy też otwarcie likwidacji, to tym bardziej nie ogłoszono jego upadłości, czy nie otwarto jego likwidacji. Wobec powyższego, uzyskując takie zaświadczenie ze stosownego sądu, podmioty COVEC i CNEEC byłyby w stanie potwierdzić, że nie otwarto wobec nich likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Oba podmioty, zaniechały uzyskania urzędowego dokumentu i mimo niedopuszczalności, złożyły zastępcze oświadczenie, pod którym podpisał się notariusz. Dla potwierdzenia, iż w ChRL możliwe jest uzyskanie sądowego zaświadczenia potwierdzającego, że wobec danego podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości odwołujący przedłożył zaświadczenie wydane dla chińskiej spółki Huawei Technologies Co., Ltd przez Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego w Shenzhen. Wskazał także, że właściwość Sądu Ludowego w sprawach związanych z ogłaszaniem upadłości potwierdza również umowa spółki COVEC. Zgodnie z § 64 pkt 8 umowy spółki COVEC, spółka ta w przypadku powstania podstaw do ogłoszenia upadłości zobowiązana jest złożyć stosowny wniosek w odpowiednim sądzie ludowym. Na dowód odwołujący przedłożył zaświadczenie z dnia 3 września 2008 r. wydane przez Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego oraz umowę spółki COVEC. Wykonawca stwierdził także, że dołączone do wniosku Konsorcjum COVEC dokumenty zawierające zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej nie stanowią potwierdzenia, że wobec COVEC oraz CNEEC nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W powołanych zaświadczeniach, brak jest nawet rubryk, które by ewentualne wzmianki w powołanym zakresie zawierały (w przypadku polskich odpisów z KRS takie rubryki są zawarte). W świetle powyższego, dołączone do wniosku Konsorcjum COVEC zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej COVEC i CNEEC nie stanowią dokumentów potwierdzających, że wobec tych podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Ponadto, nawet gdyby uznać, że nie jest możliwe uzyskanie przez COVEC i CNEEC dokumentów potwierdzających, że nie otwarto ich likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, to oba te podmioty były obowiązane do złożenia stosownych oświadczeń przed notariuszem ewentualnie przed innymi organami wyszczególnionymi w Rozporządzeniu. Dokumenty, które zostały przedstawione przez COVEC i CNEEC nie są oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. Forma złożenia oświadczenia przed notariuszem zakłada, że notariusz zapoznał się i zrozumiał treść takiego oświadczenia. Jak jednak wynika z dokumentów przedłożonych przez powołanych wykonawców, czynności notariusza ograniczyły się jedynie do poświadczenia złożonego podpisu i pieczęci pod stosownym oświadczeniem. Nie ma natomiast żadnego potwierdzenia, jakoby notariusz w jakikolwiek sposób zapoznał się z przedmiotowym oświadczeniem. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż Ustawa o Notariacie Chińskiej Republiki Ludowej z 28 sierpnia 2005 r. traktuje jako dwie odrębne czynności: złożenie oświadczenia przed notariuszem (Rozdział 2, artykuł 11, pkt 3 ustawy) oraz poświadczenie podpisu i pieczęci (Rozdział 2, artykuł 11, pkt 10 ustawy). Zatem w dokumentach przedłożonych przez COVEC i CNEEC znajduje się jedynie poświadczenie podpisów i pieczęci, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia

przed notariuszem. W świetle powyższego, COVEC i CNEEC nie dochowały formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. W świetle powyższego Zamawiający winien wezwać Konsorcjum COVEC do złożenia w pierwszej kolejności urzędowych (sądowych) dokumentów potwierdzających spełnienie warunku nie pozostawiania w stanie likwidacji ani upadłości wykonawcy COVEC i CNEEC. Zakładając czysto hipotetycznie, że uzyskanie takich dokumentów jest niemożliwe w Chińskiej Republice Ludowej, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem, jak bowiem wykazano dokumenty złożone przez wykonawców COVEC i CNEEC nie odpowiadają formie wymaganej zarówno przez przepisy jak i Zamawiającego. 2) Brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie (COVEC i CNEEC); warunek udziału w postępowaniu polegający na przedłożeniu dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy i wynika z pkt. II 1.2.1) 1 c Ogłoszenia o Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium RP). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest złożyć dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Jeśli w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, to możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone przed odpowiednim organem np. notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozp.) - tzw. oświadczenie zastępcze. Wykonawcy COVEC i CNEEC dla potwierdzenia, że wobec nich nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie przedłożyli oświadczenia podpisane przez notariusza. Powyższa forma uchybia obowiązkowi określonemu w Rozp. oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Dokumenty te nie są, bowiem oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. W zakresie prawa o notariacie obowiązującego w ChRL aktualna jest argumentacja zaprezentowana szeroko przy okazji omawiania zarzutu nr 1 dotyczącego konsorcjum COVEC. Dokumenty przedłożone przez COVEC i CNEEC zawierają jedynie poświadczenie podpisów i pieczęci, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem. Wobec powyższego, uznać należy, że COVEC i CNEEC nie dochowały również formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem.

W odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Tecnimont podniesiono zarzut: Braku wykazania nie zalegania z uiszczeniem podatków w myśl art.24 ust1 pkt 3 Pzp (Tecnimont S.p. A.). Zgodnie z art.24 ust. 1 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, „którzy zalegają z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na

przed notariuszem. W świetle powyższego, COVEC i CNEEC nie dochowały formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. W świetle powyższego Zamawiający winien wezwać Konsorcjum COVEC do złożenia w pierwszej kolejności urzędowych (sądowych) dokumentów potwierdzających spełnienie warunku nie pozostawiania w stanie likwidacji ani upadłości wykonawcy COVEC i CNEEC. Zakładając czysto hipotetycznie, że uzyskanie takich dokumentów jest niemożliwe w Chińskiej Republice Ludowej, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem, jak bowiem wykazano dokumenty złożone przez wykonawców COVEC i CNEEC nie odpowiadają formie wymaganej zarówno przez przepisy jak i Zamawiającego. 2) Brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie (COVEC i CNEEC); warunek udziału w postępowaniu polegający na przedłożeniu dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy i wynika z pkt. II 1.2.1) 1 c Ogłoszenia o Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium RP). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest złożyć dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Jeśli w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, to możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone przed

odpowiednim organem np. notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozp.) - tzw. oświadczenie zastępcze. Wykonawcy COVEC i CNEEC dla potwierdzenia, że wobec nich nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie przedłożyli oświadczenia podpisane przez notariusza. Powyższa forma uchybia obowiązkowi określonymu w Rozp. oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Dokumenty te nie są, bowiem oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. W zakresie prawa o notariacie obowiązującego w ChRL aktualna jest argumentacja zaprezentowana szeroko przy okazji omawiania zarzutu nr 1 dotyczącego konsorcjum COVEC. Dokumenty przedłożone przez COVEC i CNEEC zawierają jedynie poświadczenie podpisów i pieczęci, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem. Wobec powyższego, uznać należy, że COVEC i CNEEC nie dochowały również formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem.

W odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Tecnimont podniesiono zarzut:

Braku wykazania nie zalegania z uiszczeniem podatków w myśl art.24 ust. 1 pkt 3 Pzp (Tecnimont S.p.A.). Zgodnie z art.24 ust. 1 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia

ubezpieczenia zdrowotne lub społeczne". W treści Ogłoszenia o Zamówieniu, Zamawiający wyraźnie określił, że warunkiem dopuszczenia do udziału w dalszej części postępowania jest przedstawienie aktualnego zaświadczenia potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wydanego przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego (pkt III.2.1 Ogłoszenia o Zamówieniu), a dla wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast zaświadczenia powyżej określonego, należy złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego (pkt III.2.1 Ogłoszenia o Zamówieniu). Dokument „Zaświadczenie o regularnym uiszczaniu podatku”, nie wykazuje spełnienia przez Konsorcjum warunku nie zalegania z uiszczeniem podatków. Zaświadczenie przedstawione przez Tecnimont S.p.A. nie może zostać uznane, jako potwierdzające brak zaległości podatkowych.

W dokumencie tym zostały przedstawione informacje, z których jednoznacznie wynika, że Wykonawca posiada wobec Urzędu Skarbowego zaległości, które powinny skutkować jego wykluczeniem na mocy art.24 ust 1 pkt 3 Pzp. Lider Konsorcjum został wielokrotnie wpisany na listę dłużników w wyniku zaległości podatkowych i co prawda, w kilku przypadkach obowiązek spłaty zaległości został zawieszony przez Urząd Skarbowy, jednakże w przypadkach określonych w pkt. 6,8,9 nie (zaległości wynikające z przywołanych punktów wynoszą kolejno: 37 480,05 Euro, 2144,05 Euro i 2 564,85 Euro). Jeżeli, zatem podatek został wpisany na listę dłużników, a kwota długu jest określona w zaświadczeniu z właściwego Urzędu Skarbowego, to zalega on z uiszczaniem podatków. Nadto już od 2009r Tecnimont S.p.A. (wcześniej Maire Engineering S.p.A.) nie potwierdza odbioru zawiadomienia urzędowego o wpisie na listę dłużników. Kolejną wątpliwość, co do braku zaległości w uiszczaniu podatków można mieć, po zapoznaniu się z pkt 10 oraz 11 zaświadczenia. W punktach tych zastał zawarty „protokół z PVC”, co jest rozumiane jako oficjalny raport z przeprowadzonego audytu podatkowego. Przedstawione w nim kwoty należności podatkowych nie zostały wyjaśnione i jest wysoce prawdopodobne, że są to zaległości podatkowe wykonawcy, nie uregulowane do chwili obecnej. Zatem z dokumentacji załączonej do wniosku wynika, że istnieją zaległości podatkowe, od których Tecnimont S.p.A. nie zostało zwolnione ani nie zostały one odroczone, rozłożone na raty nie zostały też wstrzymane w całości. Taka okoliczność zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie Zamówienia Publicznego.

W odniesieniu do wykonawcy Konsorcjum Energomontaż podniesiono następujące zarzuty: 1) Brak zdolności ekonomicznej i finansowej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, co wyraża się niespełnieniem warunku posiadania określonych średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych. Zamawiający określając szczegóły dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej, sformułował między innymi wymaganie posiadania przez wykonawców średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych na poziomie nie niższym niż 800 000 000 zł lub równowartości tej kwoty w innej walucie

(pkt. III.2.2 b Ogłoszenia o Zamówieniu). Dla wykazania powyższego, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia sprawozdań finansowych albo ich części (a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części), potwierdzające posiadanie średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej na poziomie nie niższym niż 800 000 000 zł - za 3 ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to za ten okres. W przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, Zamawiający nakazał przedstawienie innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności, potwierdzające spełnianie powyższych warunków za 3 ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to za ten okres. W przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe wykonawcy. W przypadku wykonawców wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wymóg posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej będzie spełniony, jeżeli spełniać go będzie jeden albo kilku albo łącznie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum Energomontaż dla wykazania spełniania opisanego warunku przedłożyło: sprawozdania finansowe Energomontaż S.A. za kolejne lata 2006, 2007 i 2008 wraz z opiniami biegłych; skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi HARBIN POWER ENGINEERING COMPANY LIMITED za kolejne lata 2006, 2007 i 2008 wraz z opinią biegłego. W związku z faktem, iż powołane dokumenty nie potwierdzały wymaganej od wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej, Zamawiający wezwał Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie tego warunku (sprawozdania finansowe za 2009 r. oraz jednostkowe sprawozdanie finansowe Harbin). W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum Energomontaż przedstawiło dodatkowe dokumenty tj. sprawozdanie finansowe Energomontaż S.A. za 2009 r. wraz z opinią biegłego; wyjaśnienie, że Harbin nie sporządza jednostkowego sprawozdania finansowego, z uwagi na okoliczność, iż jego jedynym udziałowcem/akcjonariuszem jest państwo chińskie; ponownie skonsolidowane sprawozdania finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi Harbin za lata 2007 r. - 2009 r. wraz z opiniami biegłego. Uwzględniając wszystkie przedstawione dokumenty Konsorcjum Energomontaż nie posiada zdolności finansowej i ekonomicznej wymaganej przez Zamawiającego. Dokumenty dotyczące Harbin nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełniania powyższego warunku, gdyż nie odpowiadają one wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu. Jak zostało wykazane, w przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien on przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe. Bezsporne jest, że Harbin wchodzi w skład grupy kapitałowej, dlatego też zobowiązany był przedstawić jednostkowe sprawozdanie finansowe, czego nie uczynił. Z przedłożonego sprawozdania finansowego dotyczącego całej grupy kapitałowej, nie wynika czy Harbin posiada zdolności: finansową i ekonomiczną niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. W związku z powyższym, Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zobowiązał Konsorcjum Energomontaż, do uzupełnienia powołanego braku, Konsorcjum nie przedłożyło jednak jednostkowych sprawozdań finansowych Harbin, tłumacząc to brakiem obowiązku sporządzania takich sprawozdań. Co ważne, w postępowaniu nie zostały przedłożone, żadne inne dokumenty, które potwierdzałyby zdolność ekonomiczną i finansową spółki Harbin. Należy w tym miejscu podkreślić, że w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności. Takie dokumenty również nie zostały przedłożone. Wobec powyższego, dokonując oceny zdolności ekonomicznej i finansowej Konsorcjum, należy brać pod uwagę wyłącznie dokumenty przedłożone przez spółkę Energomontaż S.A. Jak wynika z analizy sprawozdań finansowych Energomontaż S.A. średnioroczny przychód z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych tego podmiotu wynosi ok. 240 mln zł. Wymagany przez Zamawiającego poziom wynosi minimum 800 mln zł. należy zatem uznać, że Konsorcjum Energomontaż nie posiada zdolności finansowej i ekonomicznej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

2) Brak zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, co wyraża się w nie dołączeniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień; warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez wykonawcę/konsorcjum określonej zdolności technicznej,

której charakterystyka pozwala Zamawiającemu przyjąć założenie, że również przedmiot objęty niniejszym zamówieniem publicznym, zostanie przez zwycięskiego wykonawcę wykonany w sposób należyty. Zamawiający określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy (Konsorcjum) uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji; 1) 1 bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 2) 1 kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 3) 1 kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto. Niezbędnymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie omawianego warunku miały być: wykaz, jak również dokumenty potwierdzające, że zamówienia z wykazu zostały wykonane przez wykonawcę (Konsorcjum) zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru (pkt. III.2.3 Ogłoszenia o Zamówieniu). Jak wynika z powyższego, żadne ze wskazanych tam zadań nie zostało przez uczestników Konsorcjum zaprojektowane. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu wyraźnie wskazał, że będzie brał pod uwagę wyłącznie zadania, które zostały zaprojektowane, dostarczone i uruchomione przez wykonawcę. Większość z projektów wyszczególnionych w wykazie została wyłącznie dostarczona przez wykonawcę. Tylko dwa zadania zostały również uruchomione. Żadne z zadań nie zostało natomiast przez członków Konsorcjum Energomontaż zaprojektowane. Wobec tego uznać należy, że Konsorcjum to nie posiada zdolności technicznej, która została przez Zamawiającego wskazana jako warunek dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Energomontaż w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wniosku, poprzez złożenie wykazu zawierającego zadania, które odpowiadają warunkom określonym przez Zamawiającego, jak również stosownych dokumentów potwierdzających, że zadania te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

3) Brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (Harbin); konieczność złożenia dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy i wynika z pat III.2. 1 a Ogłoszenia o Zamówieniu, (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium RP). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 Rozp. wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa wymagane dokumenty, które to dokumenty powinny być wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Uwzględniając różne porządki prawne, ustawodawca przewidział, że może dojść do przypadku, że w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. W takiej sytuacji, możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone np. przed notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozp.) - tzw. oświadczenie zastępcze. Przedłożenie dokumentów zawierających oświadczenie woli złożone przed właściwym organem, jest możliwe tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym ma siedzibę dany wykonawca, nie wystawia się dokumentu żądanego przez Zamawiającego. Harbin dla potwierdzenia, że wobec niego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, przedstawił zastępcze oświadczenie, które zostało podpisane przez notariusza. Powyższa forma uchyla obowiązkowi określonymu w Rozporządzeniu oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Zdaniem odwołującego, Harbin miał możliwość uzyskania urzędowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Działające na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej wydziały rejestracji wniosków poszczególnych Sądów Ludowych wydają na wniosek zainteresowanych podmiotów zaświadczenie dotyczące złożonych wniosków o otwarcie likwidacji i ogłoszenie upadłości przez dany podmiot. W ocenie odwołującego Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Energomontaż do złożenia w pierwszej kolejności urzędowego (sądowego) dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku nie pozostawiania w stanie likwidacji ani upadłości wykonawcy Harbin. Zakładając czysto hipotetycznie, że uzyskanie takiego dokumentu jest niemożliwe w ChRL, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do przedłożenia oświadczenia złożonego przed odpowiednim organem. Jak bowiem zostało wykazane powyżej, dokument dotyczący wykonawcy Harbin

nie odpowiada formie wymaganej zarówno przez przepisy Rozp. jak i samego Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili: Konsorcjum SNC, Konsorcjum COVEC, Wykonawca Budimex S.A, a po stronie Odwołującego - Konsorcjum W ARB UD.

Wyjaśnienia wymaga, iż KIO wyrokiem z dnia 13 stycznia 2011 r. orzekła o dwóch odwołaniach tj. szczegółowo opisanego wyżej oraz odwołaniu Konsorcjum Warbud S.A. (lider), Doosan Power Systems Limitem (członek) i Skoda Praha Incest s.r.o (członek) sygn. akt KIO 2785/10, które zawierało zarzuty skierowane do Zamawiającego i dotyczące wykonawcy Konsorcjum COVEC. Podkreślenia wymaga, iż wprawdzie wyrok KIO w tej części nie został zakwestionowany skargą, jednak od wyroku KIO w tej właśnie części zostało wniesione zdanie odrębne. Przy czym arbiter sporządzający uzasadnienie do wniesionego zdania odrębnego zwrócił uwagę, iż zarzuty zawarte w obu odwołaniach, a dotyczące Konsorcjum COVEC w części pokrywają się, dlatego stanowisko i wywody zawarte w uzasadnieniu zdania odrębnego odniósł również do argumentów KIO zawartych w uzasadnieniu głównym dotyczącym odwołania Konsorcjum Alstom

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze ustalony stan faktyczny, wynikający z dokumentacji postępowania w kwestii oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, oraz przedstawione na rozprawie dowody, stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu, co skutkowało wydaniem wyroku o treści: uwzględnić oba odwołania i nakazuje ponowne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego..

Rozpatrując zarzuty Izba miała na względzie przepis art. 190 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zgodnie, z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a zatem zarówno dowody na poparcie swoich twierdzeń jak i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Izba miała także na względzie przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którym może orzekać tylko w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba jednocześnie miała na względzie, iż art. 186 ust. 2-6 ustawy Pzp nie ma zastosowania w sytuacji częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Także wniesienie sprzeciwu, o którym stanowi ust.4 tego artykułu w związku z art. 185 ust.5 Pzp nie jest możliwe.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum COVEC stwierdziła, co następuje:

Co do zarzutów dotyczących braku dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz co do formy przedłożonych oświadczeń, uznając zarzuty te za niezasadne KIO podtrzymała swoje stanowisko wyrażone już wcześniej w sprawie o sygn. akt KIO/2785/10. Stanowisko to było o treści: Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie zarzut dotyczący braku dokumentu, potwierdzającego, że w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji lub upadłości, bądź nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Odwołujący nie udowodnił, bowiem że uprawnionym do wystawiania takich dokumentów jest Sąd Ludowy w Chińskiej Republice Ludowej. Przedłożony na rozprawie wyciąg (w tłumaczeniu na język polski) z Prawa upadłościowego przedsiębiorstw ChRL nie rozstrzyga powyższych kwestii, tym bardziej, że regulacje tam zawarte odnoszą się wyłącznie do procedury upadłościowej. Nie regulują, bowiem procedury związanej z orzekaniem o zakazie ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba zauważa także, że z przedłożonego wyciągu nie wynika, aby po zakończeniu procedury upadłościowej - na podstawie art. 121 tego Prawa - dokonywano wpisu przedsiębiorstwa do rejestru bankructw, do którego istnieje jawny dostęp.

W konkluzji Izba stwierdza, że Odwołujący nie przedłożył dowodu potwierdzającego, że do wydania wskazanych zaświadczeń jest właściwy Sąd Ludowy w ChRL i tym samym zarzut braku możliwości posłużenia się zastępczo oświadczeniem, zgodnie z § 4 Rozp. Prezesa RM z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U nr 226, poz.1817),

w zakresie wyżej podnoszonym, nie jest zasadny.

Odnosząc się do kwestii formy złożonego oświadczenia Izba stwierdziła, że także ten zarzut nie jest zasadny. W niniejszym stanie faktycznym zarówno COVEC, jak i CNEE mają siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej. Tym samym - zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 1965 r., nr 46, poz. 290 ze zm.) - „Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana”. Oznacza to, iż dopuszczalnym jest sporządzenie czynności przed notariuszem, a więc w sposób zgodny z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jednakże w formie właściwej dla państwa, w którym czynność została dokonana, w tym przypadku w formie właściwej dla Chińskiej Republiki Ludowej. Należy wziąć, bowiem pod uwagę nie tylko ustrój prawny danego państwa, ale i konstrukcję danej czynności dokonywanej przed notariuszem lub właściwym organem. Zagraniczne dokumenty notarialne wymagają, bowiem indywidualnej oceny, co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia.

W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że w CHRL obowiązuje regulacja prawna, bądź chociażby praktyka, co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie. Izba zwraca także uwagę, że przepisy powołanego rozporządzenia wskazując na możliwość złożenia takiego oświadczenia wymagają, aby zostało ono sporządzone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy. Jednakże nie wymagają, aby w tym przypadku były uwzględniane przepisy prawa polskiego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Tecnimont stwierdziła, co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia przez Konsorcjum, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatku Izba ustaliła, że kwestionowany przez Odwołującego dokument „Zaświadczenie o regularnym uiszczaniu podatku” zawiera przede wszystkim w swej treści oświadczenie, że Tecnimont S.p.A. regularnie składa oświadczenie podatkowe oraz, iż w stosunku do tego podmiotu nie odnotowano naruszeń, co do których nie ma wątpliwości. Pozycja, na którą powołuje się Odwołujący to naruszenia, które według procedury kraju wystawiającego zaświadczenie są także wykazywane w zaświadczeniu, mimo że nie zostały zweryfikowane definitywnie i tym samym zdaniem Izby ta okoliczność nie może działać na niekorzyść wykonawcy. Z tego też względu zarzut ten Izba uznała za niezasadny. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Energomontaż stwierdziła, że zarzuty dotyczące wniosku tego wykonawcy nie zasługują na uwzględnienie.

Pierwszy z zarzutów dotyczy braku wykazania przez Konsorcjum zdolności ekonomicznej i finansowej wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, wobec nie przedłożenia jednostkowego sprawozdania finansowego. W tym przypadku wykonawca powołał się na wymaganie zawarte w pkt III.2.2. Ogłoszenia o Zamówieniu zgodnie, z którym (...) W przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe wykonawcy. W wyjaśnieniach Konsorcjum podało, że członek Konsorcjum - Harbin nie sporządza jednostkowego sprawozdania finansowego, bowiem jego jedynym udziałowcem/akcjonariuszem jest państwo chińskie, stąd przedłożone zostały ponownie skonsolidowane sprawozdania finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi Harbin za lata 2007 - 2009 wraz z opiniami biegłego. Wobec tych ustaleń faktycznych Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że z uzasadnionej przyczyny zgodnie z art. 26 ust 2c ustawy Pzp, wykonawca mógł przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie warunku opisanego dla sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Za taką uzasadnioną przyczynę należało uznać, iż tak jak wynika min. z oświadczenia wykonawcy korporacje - zgodnie z prawem chińskim - nie są zobligowane do sporządzania sprawozdań jednostkowych. Tej okoliczności wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował.

W zakresie zarzutu braku zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia z uwagi na nie dołączenie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień, Izba ustaliła, że Zamawiający dla potwierdzenia

warunku z pkt III.2.3 Ogłoszenia o Zamówieniu wymagał przedłożenia wykazu o określonej treści, oraz dokumentów potwierdzających, że te zamówienia zostały wykonane przez wykonawcę zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Taki wykaz oraz listy referencyjne zostały dołączone do wniosku. Zgodnie z powołanym warunkiem, Zamawiający podał, że ocenione zostaną tylko te zamówienia znajdujące się w wykazie, dla których będą załączone wskazane dokumenty. Konsorcjum przedstawiło wykaz 8 projektów w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, do których zostały załączone listy referencyjne. Tym samym wykonawca przedstawił niezbędne dokumenty i dane w nich zawarte m.in., co do mocy elektrycznej, i zgodnie z opinią Zamawiającego były one wystarczające do oceny wniosku Konsorcjum.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wobec członka Konsorcjum Harbin, Izba stwierdziła, że Odwołujący - tak jak w sprawie KIO/2785/10 - nie udowodnił, że uprawnionym do wystawiania takich dokumentów jest Sąd Ludowy w Chińskiej Republice Ludowej. Odnosząc się natomiast do formy złożonego oświadczenia Izba stwierdziła, że także ten zarzut nie może być uwzględniony. W niniejszym stanie faktycznym członek Konsorcjum ma siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej, tym samym - zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 ze zm.) „Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana”. Oznacza to, iż dopuszczalnym jest sporządzenie czynności przed notariuszem, a więc w sposób zgodny z Rozp. w sprawie rodzajów dokumentów, jednakże w formie właściwej dla państwa, w którym czynność została dokonana, w tym przypadku w formie właściwej dla ChRL. Należy wziąć, bowiem pod uwagę nie tylko ustrój prawny danego państwa, ale i konstrukcję danej czynności dokonywanej przed notariuszem lub właściwym organem. Zagraniczne dokumenty notarialne wymagają, bowiem indywidualnej oceny, co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że w ChRL obowiązuje regulacja prawna, bądź chociażby praktyka, co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie. Izba zwraca także uwagę, że przepisy powołanego rozporządzenia wskazując na możliwość złożenia takiego oświadczenia wymagają aby zostało ono sporządzone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy, jednakże nie wymagają aby w tym przypadku były uwzględniane przepisy prawa polskiego.

Mając powyższe ustalenia na względzie orzeczono jak w sentencji. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, iż dokonując ponownej oceny ofert Zamawiający powinien mieć na uwadze wykonane już dotychczas w stosunku do danego wykonawcy czynności na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Tak jak wynika z orzecznictwa KIO i orzecznictwa sądowego powołany przepis umożliwia zamawiającemu jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Oczywiście odrębną od procedury uzupełnienia dokumentów jest procedura związana z uzyskiwaniem wyjaśnień, co do treści złożonych - nawet w wyniku uzupełnienia - oświadczeń i dokumentów. Izba zwróciła także uwagę, iż zgodnie z zasadą wyrażoną z art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia wykonawcy mogą być dwie sytuacje faktyczne. Mianowicie, wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego czy też zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bądź też - wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przynioty - nie przedłożył wymaganych w danym postępowaniu oświadczeń lub dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania

Od wyroku KIO wydanego w obu połączonych sprawach złożono zdanie odrębne. W sentencji wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r. w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO2785/10 i KIO/2814/10 Izba orzekła, iż uwzględnia oba odwołania i nakazała powtórne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tymczasem w ocenie arbitra sporządzającego zdanie odrębne odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO/2785/10 winno

podlegać oddaleniu, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu, a dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) China Overseas Engineering Group Co Ltd „COVEC” z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Dystrykt Haidian, Pekin i (2) China National Electric Equipment Corporation „CNEEC” z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Dystrykt Haidian, Pekin. Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący braku dokumentu potwierdzającego, że Konsorcjum COVEC nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat albo, że wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz zarzut braku dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Izba uwzględniła stanowisko Ambasady RP w Chińskiej Republice Ludowej zawarte w piśmie z 26 maja 2009 r., wyrażone przez I sekretarza Ambasady, że w Chinach jest możliwe uzyskanie wskazanych zaświadczeń oraz przedłożone na rozprawie kserokopie poświadczonych notarialnie zaświadczeń wystawionych dla COVEC w następującym zakresie: zaświadczenie podatkowe z 22 lipca 2008r, zaświadczenie o zapłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne z 16 lipca 2008 r., i zaświadczenie o zapłaceniu składek na ubezpieczenie zdrowotne z 18 lipca 2008 r. Zaświadczenia te zostały wystawione odpowiednio przez Państwowy Urząd Podatkowy Dystryktu Beijing Chaoyang oraz Centrum Zarządzania Funduszami Ubezpieczeń w Pekinie, które zostały złożone w postępowaniu prowadzonym przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 spółka z o.o. na „Drugi etap robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej - stadionu Piłkarskiego w Gdańsku Letnicy”. W ich treści wystawiający Urząd stwierdzał, że płatności są regulowane w pełni i w terminie oraz wykonawca nie posiada jak w przypadku zaświadczenia podatkowego żadnych zaległości. Tym samym treść tych dokumentów - zdaniem Izby - potwierdzała warunek, o którym stanowi art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.). Zatem oświadczenia Konsorcjum COVEC, poparte przedłożoną na rozprawie opinią prawną wydaną przez kancelarię BEIJING H & T LAW Firm, świadczą że zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w Chińskiej Republice Ludowej w wydzielonym mieście Pekin nie ma obowiązku prawnego do wydawania takich dokumentów, z uwagi na nieobowiązywanie jakichkolwiek formalnych procedur dotyczących składania oraz wydawania takich dokumentów (...) nie mogą być uznane za dowód w niniejszej sprawie na okoliczność braku możliwości uzyskania i przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych zaświadczeń. Jednocześnie Izba zauważyła, że siedziba wykonawcy COVEC nie uległa zmianie od 2008 r., a zatem wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego brak możliwości uzyskania takich zaświadczeń. Izba zauważała także, że Zamawiający w toku rozprawy wskazał również na zaświadczenia przedkładane w postępowaniach prowadzonych w 2010 r., czemu Konsorcjum COVEC nie przeczyło kategorycznie, poddając jedynie w wątpliwość kompetencje urzędnika chińskiego wystawiającego takie zaświadczenie.

Powyższego stanowiska Izby nie można uznać za zasadne. Zgodnie z treścią §4 ust 1 rozp. Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2-4 i pkt 6 tego rozp. składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,

b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie., odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

z kolei ust. 3 tego przepisu przewiduje, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem

samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Izba w dokonanej przez siebie ocenie nie uwzględniła - celowościowej wykładni tego przepisu. Wykładnia ta skłania do twierdzenia, że złożenie oświadczenia przed odpowiednim organem zamiast przedstawienia stosownego dokumentu może mieć miejsce nie tylko wtedy, gdy dokumentu w ogóle w danym kraju nie można uzyskać, jak i wówczas, gdy istnieje obiektywna, niezależna od uczestnika postępowania, przeszkoda natury formalno - prawnej powodująca, że brak mechanizmów i trybu postępowania wobec podmiotów ubiegających się o wydanie tego typu dokumentów oraz brak odpowiedzialności organów za ich wydanie skutkujące tym, iż dokumentu nie wydaje się w określonym czasie. Tym samym, aby uznać, iż w danym kraju dokument „wydaje się”, a co za tym idzie istnieje obowiązek jego złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia i dokument ten nie może zostać zastąpiony oświadczeniem w oparciu o § 4 ust.3 rozp. winny istnieć określone procedury uzyskiwania takich dokumentów, które przewidują obligatoryjny charakter ich wydania na żądanie wnioskującego przy zachowaniu wiążących stosowny organ publiczny terminów. Jeżeli zatem w danym kraju uzyskanie dokumentu uzależnione jest od dyskrejonalnego stanowiska organu/urzędu, który może dany dokument wydać, ale nie ma takiego obowiązku, jak również nie jest związany jakimkolwiek terminem, nie można uznać, iż spełniony jest warunek, iż w kraju tym dokument „wydaje się” w rozumieniu § 4 ust. 3 rozp. Odmienne interpretacja tego przepisu prowadziłaby do konieczności wykluczania z udziału w postępowaniu podmiotów, które z powodów niezależnych od siebie, z uwagi na uwarunkowania i regulacje prawne w miejscach, w których mają siedzibę, nie miały możliwości uzyskania dokumentów, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stanowiłoby to praktykę o charakterze dyskryminującym. W niniejszym postępowaniu Konsorcjum COVEC złożyło min. opinię Kancelarii prawnej BELTNG H & T LAW Firm, która wskazywała na brak obowiązku zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w wydzielonym mieście Pekin, gdzie siedzibę mają członkowie Konsorcjum COVEC, obowiązku prawnego dla organu administracji rządowej, jak i organu władzy państwowej do wydawania zaświadczeń potwierdzających, że podmiot z siedzibą w wydzielonym mieście Pekin nie posiada zaległości w płatności podatków, wynagrodzeń oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. W opinii podniesiono, iż w wydzielonym mieście Pekin nie obowiązują jakiegokolwiek formalne procedury dotyczące wydania wniosku oraz wydawania powyższych dokumentów w związku, z czym właściwy organ władzy (administracji) może pozostawić wniosek przedsiębiorcy bez odpowiedzi lub go w ogóle nie rozpatrzyć.

Podkreślenia wymaga fakt, iż ciężar udowodnienia, że w Chińskiej Republice Ludowej w wydzielonym mieście Pekin wydaje się dokumenty wymagane treścią § 4 ust. 1 rozp. w sprawie dokumentów potwierdzających brak zaległości z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo uzyskanie przewidzianego prawem zwolnienia, odroczenia lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu, spoczywa na Odwołującym i Odwołujący takiego dowodu nie przeprowadził. W tej mierze nie można uznać za wystarczający dowód okoliczności, iż w innych postępowaniach wykonawca COVEC składał zaświadczenia o braku zaległości podatkowych i w sferze ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. Nie jest to, bowiem wystarczające do wykazania, iż dokumenty takie wydaje się w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący powinien był wykazać, iż możliwość uzyskania takich dokumentów powiązana jest z obowiązkiem ich wydania przez właściwy organ, tj., że wydanie ma charakter powszechny, ustanowione są organy właściwe do ich wydawania, które działają z zachowaniem określonego trybu i terminu, jak również, że fakt otrzymania dokumentu, jak i otrzymania go w odpowiednim czasie, nie jest uzależniony od uznaniowego stanowiska wydającego go urzędu/organu. Odwołujący nie przedstawił skutecznych i przekonujących dowodów, które podważyłyby stanowisko Konsorcjum COVEC w tej mierze. Odwołujący nie wskazał na żadne regulacje prawne obowiązujące w mieście Pekin (tak jak próbował to uczynić w odniesieniu do dokumentów potwierdzających fakt nie ogłoszenia wobec wykonawcy upadłości i nie otwarcia likwidacji, ograniczając się jedynie do dowodów w postaci dokumentów składanych w innych postępowaniach oraz kopii pisma Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady RP w Chińskiej Republice Ludowej z dnia 26 maja 2009 r.) W szczególności nie należy przeceniać waloru dowodowego w/w pisma Ambasady RP. Należy, bowiem podkreślić, iż stanowi ono odpowiedź na zapytanie

polskiej kancelarii prawniczej, a z jego treści wynika, iż zostało sporządzone na podstawie konsultacji z lokalną firmą prawniczą, przy czym chińska firma prawnicza nie została wskazana, nie określono formy tych konsultacji (pisemna, ustna), jak również szczegółowej ich treści. Ponadto treść wynikająca z w/w pisma, jak zauważyła to Konsorcjum COVEC w swoim piśmie procesowym, nie jest sprzeczna ze stanowiskiem tego wykonawcy. Pismo potwierdza w pkt 2, iż spółka prawa handlowego z siedzibą w Pekinie może uzyskać zaświadczenie o braku zaległości w opłacaniu podatków i opłat, co stanowi stwierdzenie ogólne o możliwości uzyskania takiego dokumentu, nie odnoszące się do uwarunkowań prawnych obowiązujących w Chińskiej Republice Ludowej i nie oznacza ono, że Konsorcjum

COVEC mogło uzyskać stosowne zaświadczenia celem przedłożenia w przedmiotowym postępowaniu. Pismo Ambasady RP nie odnosi się natomiast do kwestii charakteru tak uzyskiwanego zaświadczenia ani trybu jego uzyskania. Nie może, zatem stanowić samodzielnego i przekonywującego dowodu, że zaświadczenie w tym zakresie jest wydawane obligatoryjnie, a nie w oparciu o uznaniową decyzję organu/urzędu podjętą w oparciu o argumentację wnioskującego przedsiębiorcy. Sama możliwość uzyskania dokumentu rozumiana jako okoliczność, że organ może zaświadczenie wydać, ale nie jest do tego zobowiązany, nie wystarczy do uznania, iż należy wykonawcy postawić obowiązek przedłożenia takiego dokumentu i nie może być on zastąpiony oświadczeniem. Z kolei w odniesieniu do zaświadczenia o nie zaleganiu z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, należy wskazać, iż pismo Ambasady RP dotyczy wyłącznie możliwości uzyskania zaświadczenia o braku zaległości w zapłacie składek z tytułu ubezpieczeń zdrowotnych przewidzianych w chińskim systemie opieki zdrowotnej, przy czym zapytanie dotyczyło spółki prawa handlowego mającej siedzibę na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej w prowincji Henan w mieście Luoyang w dystrykcie Xigong, a nie wydzielonym mieście Pekin. Odwołujący nie wykazał ani wyraźnie nie kwestionował, że w poszczególnych dystryktach (prowincjach) Chińskiej Republiki Ludowej, obowiązują odmienne reguły i procedury wydawania zaświadczeń w tym zakresie, a zatem ustalenia dotyczące jednego okręgu administracyjnego nie mogą być miarodajne dla innego. Pismo nie zawiera stanowiska w zakresie zaświadczenia o braku zaległości w zapłacie składek na ubezpieczenie społeczne. Ponadto, jak wskazano powyżej w zakresie zaświadczenia o braku zaległości podatkowych, treść pisma nie odnosi się do trybu, w jakim zaświadczenia te są uzyskiwane, ich charakteru (obligatoryjny/fakultatywny), właściwych organów, czasu, w jakim organ ma obowiązek dokument wydać, jak również nie wskazuje właściwych przepisów obowiązujących w tej mierze.

Uwzględniając powyższe, należy uznać, iż z przedstawionych dowodów wynika fakt braku powszechnego obowiązku wystawiania przywołanych dokumentów. Odwołujący nie zdołał wykazać, iż jest inaczej. Ponadto przedstawione przez Odwołującego dowody nie potwierdzają w sposób niezbity tezy, że tego typu dokumenty wydawane są obligatoryjnie w miejscu, w którym mają siedziby członkowie Konsorcjum COVEC i można takie dokumenty uzyskać w wymaganym terminie. Złożone jako dowód w sprawie pismo Ambasady RP w Chińskiej Republice Ludowej, Wydział Promocji Handlu i Inwestycji z dnia 26 maja 2009 roku potwierdza, co prawda, że w mieście Pekin, w którym mają siedziby członkowie Konsorcjum COVEC, wydaje się zaświadczenia potwierdzające brak zaległości spółki z uiszczaniem podatków i innych opłat publicznych, ale mając na uwadze okoliczność, która wynika z opinii prawnej chińskiej kancelarii prawnej BEIJING H & T LAW Firm przedłożonej przez Konsorcjum COVEC oraz wyjaśnień zawartych w piśmie procesowym pełnomocników Konsorcjum COVEC i złożonych do protokołu rozprawy, że w Chińskiej

Republice Ludowej brak mechanizmów i trybu postępowania wobec podmiotów ubiegających się o wydanie tego typu zaświadczeń oraz brak odpowiedzialności organów za wydanie wnioskowanego zaświadczenia, Izba niezasadnie stwierdziła, że można wymagać, aby podmiot złożył tego typu dokumenty. Okoliczność, jaką wskazuje Odwołujący, że COVEC uzyskiwał tego typu dokumenty, nie oznacza, że w świetle uznaniowości i braku regulacji prawnych określających termin wydawania zaświadczeń członkowie Konsorcjum COVEC mogli uzyskać wymagane dokumenty.

Tę samą argumentację należało uwzględnić także w odniesieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt KI02814/10 w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum COVEC. Ponadto należy zauważyć, iż Odwołujący w tej sprawie nie kwestionował, że w poszczególnych dystryktach

(prowincjach) Chińskiej Republiki Ludowej, obowiązują odmiennie reguły i procedury wydawania zaświadczeń o braku zaległości podatkowych i w ramach ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. Tym samym okoliczność, że inny podmiot chiński - członek konsorcjum, którego liderem jest Energomontaż - Południe S.A. - Harbin Power Engineering Company Limited, Nr 39 Sandadongli Road, Xiangfang District, Chińska Republika Ludowa złożył takie dokumenty, nie stanowi dowodu na potwierdzenie, że również Konsorcjum COVEC mające siedzibę w innym dystrykcie miało możliwość ich uzyskania (w rozumieniu rozp. w sprawie dokumentów).

Wobec powyższego, uznanie przez Izbę, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia tworzący Konsorcjum COVEC, których siedziby znajdują się w ChRL w wydzielonym mieście Pekin, nie mogli skorzystać z dyspozycji § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów i przedłożyć oświadczeń złożonych przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, że nie zalegają z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, lecz winni złożyć stosowne dokumenty urzędowe nie jest zasadne.

Skargę od powyższego wyroku KIO wniosło Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. w Warszawie (lider), Alstom Power Systems GmbH Mannheim w Niemczech (członek) i PBG S.A. w Poznaniu (członek). Skarżący zarzucił:

- naruszenie art. 192 ust. 1 i 2 oraz art. 196 ust. 4 Pzp, jak również art. 325 i 328 ust. 2 kpc przez 1) nie rozstrzygnięcie o żądaniach Skarżącego zawartych w odwołaniu; sformułowanie sentencji, która nie odpowiada treści uzasadnienia wyroku; podnoszonych przez Skarżących w Odwołaniu; nie wskazanie przyczyn, dla których przedstawionym

dowodom Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej i nie wskazanie podstaw prawnych wyroku z przytoczeniem przepisów prawa;

W stosunku do Konsorcjum COVEC:

- naruszenie przepisów art. 26 ust 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie wniosku Skarżących o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum COVEC do przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż wobec wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum COVEC (wykonawcy COVEC i CNEEC) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości;
- naruszenie przepisów art. 26 ust 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie wniosku Skarżących o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum COVEC do przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż wobec wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum COVEC (wykonawcy COVEC i CNEEC) nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie;

W stosunku do Konsorcjum Energomontaż:

naruszenie przepisów art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieuwzględnienie wniosku Skarżących o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Energomontaż z Postępowania mimo, iż po stronie Konsorcjum Energomontaż zachodzi brak zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do uczestnictwa w Postępowaniu;

- naruszenie przepisów art. 26 ust 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie wniosku Skarżących o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia dokumentów potwierdzających zdolność techniczną niezbędną do uczestnictwa w Postępowaniu;
- naruszenie przepisów art. 26 ust 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie wniosku Skarżących o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia

dokumentów potwierdzających, iż wobec wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum Energomontaż (wykonawca Harbin) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości;

W stosunku do Konsorcjum Tecnimont:

- naruszenie przepisów art. 24 ust 1 pkt 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie wniosku Skarżących o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Tecnimont z Postępowania mimo, iż wykonawca wchodzący w skład Konsorcjum Tecnimont (Tecimont S.p.A.) zalega z uiszczaniem podatków, które to naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

Skarżący domagał się:

1. uchylenia zaskarżonego wyroku w pkt. 1, w zakresie w jakim nie uwzględnia zarzutów podniesionych w pkt. 1) - 7) powyżej;

2. nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu

badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, o której to czynności Zamawiający poinformował Skarżących pismem z dnia 14 grudnia 2010 r

3. nakazania powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oraz zobowiązanie Zamawiającego do podjęcia następujących czynności:

a) wezwania Konsorcjum COVEC do przedłożenia dokumentów, o których mowa wyżej, potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum COVEC warunków udziału w Postępowaniu, a w przypadku nie uzupełnienia powołanych dokumentów odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Konsorcjum COVEC;

b) wykluczenia Konsorcjum Energomontaż z Postępowania z uwagi na brak zdolności ekonomicznej i finansowej Konsorcjum Energomontaż niezbędnej do uczestnictwa w Postępowaniu;

c) w przypadku braku uznania przez Sąd zarzutu z pkt. 4) *petitum* skargi, wezwania Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia dokumentów, o których mowa w pkt. 5) i 6) *petitum* skargi, potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum Energomontaż warunków udziału w Postępowaniu, a w przypadku nie uzupełnienia powołanych dokumentów odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Konsorcjum Energomontaż;

d) wykluczenia Konsorcjum Tecnimont z Postępowania z uwagi na okoliczność, iż wykonawca wchodzący w skład Konsorcjum Tecnimont (Tecimont S.p.A.) zalega z uiszczaniem podatków;

4. rozpatrzenia sprawy także pod nieobecność Skarżących;

5. zasądzenia kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W ocenie skarżącego na skutek dokonania oraz zaniechania przez Zamawiającego wskazanych w przedmiotowym odwołaniu czynności, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego - niezgodnie z przepisami ustawy Pzp doznał uszczerbku. KIO nie miała wątpliwości, że Skarżący miał interes we wniesieniu odwołania, gdyż po dokonaniu analizy przedstawionych zarzutów uwzględniła część z nich, równocześnie nakazując

Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków złożonych w postępowaniu. Pomimo uwzględnienia przedmiotowego odwołania przez Izbę, interes Skarżącego w uzyskaniu rzeczzonego zamówienia publicznego w dalszym ciągu doznaje uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Krajowa Izba

Odwoławcza nie uwzględniła bowiem szeregu stawianych przez Skarżącego zarzutów, wskutek czego, do kolejnego etapu postępowania mogą zostać zaproszone podmioty, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a zatem powinny być z niego wykluczone.

Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższa zasada uzupełniana jest przez przepisy traktujące o cechach wykonawcy niezbędnych do ubiegania się o udzieleni zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 PZP), jak również o przesłankach negatywnych, których wystąpienie rodzi nakaz wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 26 ust. 1 i 2 PZP). Jak zostało wykazane w przedmiotowym odwołaniu, a także na rozprawie, pięć podmiotów, które pozytywnie przeszły pierwszy etap postępowania i zostały zaproszone do składania ofert, powinno zostać wykluczonych z uwagi na brak skutecznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wystąpienie przesłanek negatywnych. Izba orzekła jednak, iż w odniesieniu do:

- Konsorcjum SNC: zarzuty nie zasługują na uwzględnienie,
- Konsorcjum COVEC: zarzuty jedynie częściowo zasługują na uwzględnienie,
- Konsorcjum Tecnimont zarzuty jedynie częściowo zasługują na uwzględnienie,
- wykonawcy Budimex: wszystkie zarzuty zasługują na uwzględnienie,
- Konsorcjum Energomontaż zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Z powyższego wynika, że cztery z pośród pięciu podmiotów, które powinny zostać wykluczone lub wezwane do uzupełnienia dokumentacji w dalszym ciągu uczestniczą w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji ofertę najkorzystniejszą mogą złożyć podmioty, które na etapie badania i oceny wniosków powinny zostać wykluczone. Zatem, już na obecnym etapie postępowanie obciążone jest wadą która nieusunięta może spowodować konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp, co również narusza interes Skarżącego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Skarżący podnosi również, że stwierdzenie istnienia interesu powinno być dokonywane z uwzględnieniem prawa do nieograniczonego dostępu do postępowania sądowego, zgodnie z art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167). Powołany przepis w ust. 1 zd. 1 i 2 stanowi, że „wszyscy ludzie są równi przed sądami i trybunałami, każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź, co do jego praw i obowiązków w sprawach cywilnych”. Uzależnienie skuteczności powództwa od wystąpienia interesu prawnego należy pojmować, zatem z uwzględnieniem celowościowej wykładni pojęcia interesu prawnego i konkretnych okoliczności danej sprawy. Powyższe odnosi się również do skargi na wyrok wydany przez KIO.

Skarżący posiada, zatem interes do wnoszenia na obecnym etapie postępowania dalszych środków ochrony prawnej, tj. niniejszej skargi.

Wniesienie niniejszej skargi ma na celu usunięcie wad powstałych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 191 ust. 1 i 2 Pzp, o ile odwołanie nie podlega odrzuceniu albo postępowanie odwoławcze nie podlega umorzeniu, KIO wydaje wyrok, w którym orzeka o oddaleniu odwołania, albo jego uwzględnieniu. Zatem, merytorycznym rozstrzygnięciem toczącego się przed Izbą sporu może być:

- nie uwzględnienie żadnego z postawionych zarzutów, albo
- uwzględnienie jednego lub więcej zarzutów, albo uwzględnienie wszystkich postawionych zarzutów.

Ustawa Pzp. nie zna orzeczenia o częściowym uwzględnieniu zarzutów i jego oddaleniu w pozostałym zakresie. Oznacza to, że uwzględnienie odwołania nie jest skutkiem podzielenia przez Izbę argumentacji odwołującego w odniesieniu do wszystkich z przedstawionych zarzutów, lecz wskazuje, że jeden lub więcej zarzutów został uwzględniony. Taka zero-jedynkowa konstrukcja merytorycznie rozpatrywanych odwołań prowadzi do sytuacji, w której uwzględnienie odwołania nie musi prowadzić do całkowitego (skutecznego) usunięcia wad występujących w postępowaniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia po wydaniu Wyroku.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 198a. Pzp, strony oraz uczestnicy danego postępowania toczącego się przed KIO, uprawnieni są do wnoszenia skargi do sądu na wszystkie orzeczenia Izby. Przy czym, przepis ten nie ogranicza tego uprawnienia jedynie do orzeczeń, których sentencja wskazuje na niekorzystne dla danej strony czy uczestnika ogólne rozstrzygnięcie odwołania. Przeciwnie, ustawa bardzo szeroko określa uprawnienie do wnoszenia skarg, nie ustanawiając dodatkowych wymagań czy obostrzeń. Również art. 198c ustawy Pzp wskazuje, że wniosek odnoszący się do treści orzeczenia Izby może dotyczyć:

- uchylenia orzeczenia,
- zmiany orzeczenia w całości, lub
- zmiany orzeczenia w części z tym, że w przypadku częściowego uwzględnienia stawianych w odwołaniu zarzutów, wykonawca nie jest pozbawiony dalszej drogi odwoławczej i uprawniony jest do wnoszenia skargi do sądu powszechnego z wnioskiem o zmianę orzeczenia w części. Zatem, pomimo uwzględnienia przedmiotowego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, Skarżący jest uprawniony do wnoszenia skargi na orzeczenia Izby oraz do dochodzenia ponownego rozpatrzenia zarzutów i orzeknięcia przez sąd powszechny, co do istoty sprawy.

Zgodnie z powyższym założeniem podnieść należy, iż przy badaniu możliwości wnoszenia skargi na wyrok KIO, który ze względu na brzmienie sentencji jest „korzystny” dla strony skarżącej, nie można pominąć faktu, iż na podstawie art. 196 ust. 3 Pzp, wraz z orzeczeniem Izba z urzędu sporządza uzasadnienie. Tak sporządzony wyrok lub postanowienie wysyłany jest do stron i uczestników postępowania. Uzasadnienie wyroku lub postanowienia stanowi nierozłączną część orzeczenia. Istnieją, zatem orzeczenia KIO, w tym przedmiotowy wyrok, które nie wskazują w sentencji uwzględnionych zarzutów. Dopiero w uzasadnieniu — integralnej części orzeczenia, Izba precyzuje, które z czynów i zaniechań zarzucanych Zamawiającemu zostały przez Izbę uznane jako naruszenie przepisów Pzp, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a które z kolei zostały oddalone jako czynności podjęte zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe niniejsza skarga jest środkiem ochrony dopuszczonym przez ustawę PZP oraz koniecznym. Skarżący, bowiem pragnie doprowadzić do skorygowania błędów Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące Konsorcjum COVEC:

KIO nie rozpoznała dwóch zarzutów podniesionych przez Skarżącego w Odwołaniu, a dotyczących Konsorcjum COVEC. Pierwszy z zarzutów dotyczy braku dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawców (COVEC, CNEEC) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (w ramach tego zarzutu podniesiony został również zarzut dotyczący

formy przedkładanych przez Konsorcjum COVEC dokumentów). W tym zakresie KIO odwołała się jedynie do rozstrzygnięcia dokonanego w ramach postępowania o sygn. akt. KIO/2785/10 wskazując, że podtrzymuje wyrażone przez siebie stanowisko, uznając zarzuty Skarżącego za niezasadne. Już z pobieżnej analizy odwołań złożonych przez Konsorcjum Warbud (KIO/2785/10) i Skarżącego (KIO/2814/10) wynika, że ich argumentacja w zakresie omawianego zarzutu się nie pokrywa. Co więcej, Skarżący przedłożył dowody, które nie zostały zawarte w odwołaniu Konsorcjum Warbud. KIO dokonała wyłącznie oceny argumentacji i dowodów przedstawionych przez Konsorcjum Warbud i pominęła w tym zakresie odwołanie Skarżącego, *ergo* nie rozpoznała go.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 Pzp uzasadnienie wyroku powinno zawierać m.in. wskazanie dowodów, na których KIO się oparła wydając orzeczenie, jak również przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności dowodowej.

Rozpatrując zgłoszony przez Konsorcjum Warbud zarzut dotyczący braku dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy (COVEC, CNEEC) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, KIO dokonała analizy jednego dowodu: przedłożonego na rozprawie wyciągu (tłumaczenia na język polski) z Prawa upadłościowego przedsiębiorstwa Chińskiej Republiki Ludowej. Zdaniem KIO dokument ten nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż regulacje tam zawarte odnoszą się wyłącznie do procedury upadłościowej, a nie regulują procedury związanej z orzekaniem o zakazie ubiegania się o zamówienia publiczne. Powyższy wywód KIO pozbawiony jest logiki i spójności.

Po pierwsze, potwierdzenie, iż wobec danego podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne stanowi odrębny warunek udziału w postępowaniu i nie ma żadnego związku z warunkiem nie pozostawania w stanie upadłości ani likwidacji. KIO bezpodstawnie próbuje powyższe warunki powiązać i wyprowadzić z nich korzystne dla siebie wnioski, których w efekcie nawet nie przedstawia. Po drugie, nawet gdyby dana ustawa (Prawo upadłościowe przedsiębiorstw ChRL) regulowała tylko część warunku, który zobowiązany był spełnić wykonawca ubiegający się o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu (nie pozostawanie w stanie upadłości), nie odnosząc się do pozostałego zakresu tegoż warunku (nie pozostawanie w stanie likwidacji), to fakt ten nie pozbawia takiej ustawy mocy prawnej i nie wyłącza obowiązku jej stosowania.

W przypadku, gdy wykonawca jest w stanie złożyć urzędowy dokument potwierdzający spełnianie jedynie części warunku, to taki dokument powinien przedłożyć, natomiast w pozostałym zakresie zobowiązany jest potwierdzić spełnianie warunku stosownym oświadczeniem. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie KIO. W tym przypadku, KIO popełniła błąd uznając, że skoro ustawa reguluje jedynie kwestie upadłości, a nie reguluje kwestii likwidacji, to zarówno w zakresie upadłości i likwidacji wystarczające będzie złożenie oświadczenia zastępczego. Powyższe może wynikać z błędnego założenia, gdyż jak wynika z uzasadnienia wyroku, KIO stwierdziła, że wykonawca zobowiązany był przedłożyć dokument potwierdzający, że nie otwarto wobec niego likwidacji *lub* upadłości. Tymczasem warunkiem udziału w postępowaniu jest przedłożenie dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

KIO stwierdziła również, że z przedłożonego przez Konsorcjum Warbud dokumentu nie wynika, aby po zakończeniu procedury upadłościowej dokonywano wpisu przedsiębiorstwa do rejestru bankructw. Powyższy wniosek jest po pierwsze nieprzydatny dla rozstrzygnięcia podniesionego zarzutu, po drugie mógł zostać wyartykułowany jedynie w przypadku zupełnego pominięcia dowodów przedłożonych w powyższym zakresie przez Skarżącego. KIO winna była rozstrzygnąć, czy możliwe jest uzyskanie w Chińskiej Republice Ludowej urzędowego dokumentu potwierdzającego, że wobec danego podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, lub potwierdzającego przynajmniej jeden z powołanych warunków. Zamiast tego KIO doszła do wniosku, że nie istnieje w ChRL rejestr bankructw. Nadużyciem byłoby jednak wnioskowanie, że skoro nie istnieje w danym państwie rejestr bankructw, to nie można uzyskać urzędowego dokumentu, że wobec danego podmiotu nie ogłoszono upadłości.

Powołaną w poprzednim akapicie argumentację KIO podważają w pełni dowody dołączone

do odwołania Skarżącego: (a) Zaświadczenie z dnia 3 września 2008 r. wydane przez

Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego w Shenzhen i (b) umowa spółki COVEC.

Z powołanych dokumentów wynika, że zarówno COVEC jak i CNEEC miały możliwość uzyskania urzędowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Działające na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej wydziały rejestracji wniosków poszczególnych sądów ludowych wydają na wniosek zainteresowanych podmiotów zaświadczenie dotyczące złożonych wniosków o otwarciu likwidacji i ogłoszeniu upadłości przez dany podmiot. Wobec powyższego, uzyskując takie zaświadczenie ze stosownego sądu, podmioty COVEC i CNEEC byłyby w stanie potwierdzić, że nie otwarto wobec nich likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Oba podmioty zaniechały uzyskania urzędowego dokumentu i mimo niedopuszczalności, złożyły zastępcze oświadczenie, pod którym podpisał się notariusz. Właściwość sądu ludowego w sprawach związanych z ogłaszaniem upadłości potwierdza również umowa spółki COVEC. Zgodnie z § 64 pkt 8 tej umowy, spółka w przypadku wystąpienia podstaw do ogłoszenia upadłości zobowiązana jest złożyć stosowny wniosek w odpowiednim sądzie ludowym.

KIO stwierdziwszy, że ani Konsorcjum Warbud ani Skarżący (bez analizy argumentacji oraz dowodów Skarżącego) nie udowodnili, że na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej jest możliwe uzyskanie urzędowych dokumentów potwierdzających, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wskazała, że możliwe było zastąpienie tych dokumentów oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. Jednak jak zostało wykazane powyżej, takie założenie jest błędne. Nadto nawet gdyby zgodzić się z KIO w tym zakresie, to i tak oświadczenia przedłożone przez Konsorcjum COVEC nie zostały złożone przed notariuszem, który potwierdził wyłącznie złożenie podpisu i pieczęci pod stosownym oświadczeniem.

W odniesieniu do problematyki dotyczącej formy, w jakiej zostały złożone dokumenty przez Konsorcjum COVEC, KIO nie odniosła się do argumentacji oraz dowodów przedstawionych przez Skarżącego powołując się w tym zakresie na rozstrzygnięcie wydane w postępowaniu o sygn. akt. KIO/2785/10 (odwołanie Konsorcjum Warbud). KIO biorąc pod uwagę wyłącznie odwołanie złożone przez Konsorcjum Warbud (pozbawione w tym zakresie dowodów) uznała, że nie zostało wykazane, iż w Chińskiej Republice Ludowej obowiązuje regulacja prawna, co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo.

Do takiego wniosku KIO, mogła dojść pomijając zupełnie odwołanie Skarżącego w powołanym zakresie. Do odwołania Skarżącego został dołączony wyciąg z Ustawy z dnia 28 sierpnia 2005 r. o Notariacie Chińskiej Republiki Ludowej wraz z tłumaczeniem, które wskazuje, że podobnie jak w prawie polskim jest możliwe w ChRL złożenie „oświadczenia przed notariuszem” (Rozdział 2, art. 11, pkt 3). Ponadto, ustawa ta wyróżnia również „poświadczenie podpisu i pieczęci” (Rozdział 2, art. 11, pkt 10). W dokumentach przedłożonych przez wykonawców COVEC i CNEEC, czynności notariusza ograniczyły się jedynie do poświadczenia złożonego podpisu i pieczęci pod stosownym oświadczeniem. Nie ma natomiast żadnego potwierdzenia, jakoby notariusz w jakikolwiek sposób zapoznał się z przedmiotowym oświadczeniem. Dokonując subsumcji, wskazać należy, że przedłożone dokumenty nie stanowią „oświadczeń złożonych przed notariuszem”, a zawierają jedynie „poświadczenie podpisu i pieczęci”, co w świetle ugruntowanego w tym zakresie orzecnictwa nie jest wystarczające.

Podsumowując powyższe zarzuty, wskazać należy, że KIO w powołanym zakresie nawet nie rozpoznała odwołania Skarżącego, w tym w szczególności nie zapoznała się z przedłożonymi dowodami i nie dokonała ich oceny. Wynika to z uzasadnienia orzeczenia, w którym na próżno szukać stanowiska KIO w przedmiocie przedstawionej przez Skarżącego argumentacji oraz przedłożonych dowodów dotyczących. To samo należy podnieść w zakresie zarzutu dotyczącego przedstawionych przez Konsorcjum COVEC „oświadczeń”, które w ocenie Skarżącego nie spełniają wymogów „oświadczeń złożonych przed notariuszem”. Gdyby KIO zapoznała się z materiałem dowodowym przedstawionym przez Skarżącego, to zapewne w uzasadnieniu wyroku przedstawiłaby wnioski tożsame z tymi prezentowanymi przez

Skarżącego.

KIO w ogóle nie rozpatrzyła również zgłoszonego przez Skarżącego zarzutu, polegającego na nie przedłożeniu przez Konsorcjum COVEC dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawców (COVEC i CNEEC) nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. O ile w przypadku poprzedniego zarzutu, KIO odniosła się do rozstrzygnięcia dokonanego w innym postępowaniu (KIO/2785/10), o tyle niniejszy zarzut został całkowicie przez KIO pominięty. W uzasadnieniu skarżonego wyroku nie znajduje się ani jedno słowo, które odnosiłoby się do zarzutu podniesionego w przedmiocie braku dokumentu potwierdzającego, że wobec COVEC i CNEEC nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. W związku z powyższym polemika z KIO w tym zakresie jest utrudniona.

Jak podkreślił skarżący główny zarzut dotyczył formy w jakiej powołane dokumenty zostały złożone.

Zarzuty dotyczące Konsorcjum Energomontaż

KIO nie uwzględniła zarzutu Skarżącego, który argumentował, że dla wykazania zdolności ekonomicznej i finansowej udziału w postępowaniu nie jest możliwe posłużenie się wyłącznie skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym. KIO wskazała, że ze względu na uzasadnioną przyczynę, zgodnie z art. 26 ust. 2c Pzp, wykonawca mógł przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie warunków ekonomicznych i finansowych.

Za taki dokument KIO uznało skonsolidowane sprawozdanie finansowe obejmujące szereg sprawozdań jednostkowych, przy czym poszczególne sprawozdania finansowe mogą być bardzo różne. W skład grupy kapitałowej często wchodzi wiele podmiotów, wykazujących bardzo zróżnicowane wyniki finansowe. Z faktu, że dane skonsolidowanego sprawozdania finansowego potwierdzają, że grupa kapitałowa spełnia określony warunek nie wynika, że warunek ten spełnia każdy podmiot wchodzący w skład grupy kapitałowej. Zadaniem Zamawiającego była ocena zdolności finansowej spółki Harbin, a nie grupy kapitałowej, w której skład spółka Harbin wchodzi. Podkreślił Skarżący, iż Zamawiający sformułował między innymi wymaganie posiadania przez wykonawców średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych na poziomie nie niższym niż 800 000 000 zł lub równowartości tej kwoty w innej walucie (pkt. *Ul.2.2 b*) Ogłoszenia. Z przedłożonego przez Konsorcjum Energomontaż skonsolidowanego sprawozdania finansowego nie wynika, jaki jest przychód (i czy w ogóle jest jakikolwiek) spółki Harbin. KIO uznała jednak, że dokument ten w wystarczający sposób potwierdza spełnienie przez Harbin warunku określonego przez Zamawiającego, co nie zasługuje na aprobatę.

Dokonując oceny zdolności ekonomicznej i finansowej Konsorcjum, należy brać pod uwagę wyłącznie dokumenty przedłożone przez spółkę Energomontaż S.A. Jak wynika z analizy sprawozdań finansowych Energomontaż S.A. średniorocznych przychód z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych tego podmiotu wynosi ok. 240 mln zł. Wymagany przez Zamawiającego poziom wynosi minimum 800 mln. zł. Nie wiadomo, jaki jest średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych spółki Harbin i czy w ogóle spółka ta zanotowała jakikolwiek przychód. KIO, powtarzając błąd Zamawiającego bezpodstawnie założyła, że średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 ostatnich lat obrotowych spółki Harbin wynosi minimum 560 mln. zł. Takie postępowanie KIO w ocenie Skarżącego zasługuje na stanowczy sprzeciw, gdyż prowadzi nie tylko do wypaczenia wyników postępowania, ale okazuje skrajny brak szacunku dla obowiązujących przepisów prawa i reguł postępowania ustalonych przez Zamawiającego w oparciu o Pzp.

Wykładnia art. 26 ust. 2c Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt. 8 rozp. Prezesa RM 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, prowadzi do wniosku, że „*inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku*” oraz „*inny dokument określający obroty oraz Zobowiązania i należności*” powinien dotyczyć wyłącznie danego wykonawcy, który powołuje się na ów dokument, a nie bliżej nie określonej grupy podmiotów. Skonsolidowane sprawozdanie finansowe nie jest dokumentem dotyczącym

wykonawcy, ale dokumentem określającym obroty oraz zobowiązania i należności wielu podmiotów, z których znaczna większość nie jest w ogóle w jakikolwiek sposób związana z postępowaniem. Powyższa teza byłaby wadliwa tylko i wyłącznie w przypadku gdyby analiza treści przedłożonych skonsolidowanych sprawozdań finansowych mogła doprowadzić do wyodrębnienia z niego obrotów oraz zobowiązań i należności wykonawcy powołującego się na ten dokument, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. W związku z powyższym nie można uznać, że omawiane dokumenty przedłożone przez Harbin w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku przez Konsorcjum Energomontaż.

W świetle powyższego, KIO winna zobowiązać Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum Energomontaż z postępowania z uwagi na brak zdolności ekonomicznej i finansowej konsorcjum.

KIO nie rozpatrzyła zarzutu podniesionego w Odwołaniu przez Skarżącego, dotyczącego braku zdolności technicznej Konsorcjum Energomontaż do wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Należy przypomnieć, że oś zarzutu Skarżącego była skierowana na brak zaprojektowania, którejkolwiek z inwestycji, które przedstawiło Konsorcjum dla potwierdzenia zdolności technicznej.

W uzasadnieniu wyroku znajduje się stwierdzenie, że Konsorcjum przedstawiło 8 projektów w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, do których zostały załączone listy referencyjne. Tymczasem KIO nie podjęło nawet próby analizy, czy przedstawione inwestycje odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu.

Zamawiający bardzo wyraźnie określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji określonych inwestycji. Żadna z inwestycji, na którą powołuje się Konsorcjum Energomontaż nie została zaprojektowana przez którykolwiek z podmiotów wchodzących w skład tego Konsorcjum. Konkludując, Konsorcjum Energomontaż nie może pochwalić się ani jedną inwestycją która spełniałaby wymogi postawione przez Zamawiającego.

W świetle powyższego, KIO winno zobowiązać Zamawiającego do wezwania Konsorcjum do uzupełnienia złożonej dokumentacji w postaci przedłożenia dowodów na wykonanie inwestycji, które spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego.

W postępowaniu odwoławczym Skarżący podniósł, że podmiot wchodzący w skład Konsorcjum Energomontaż (spółka Harbin) nie przedstawiła, urzędowego dokumentu potwierdzającego, że wobec tego podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie odnosząc się w żaden sposób do argumentacji podniesionej przez Skarżącego, ani nie oceniając przedstawionego przez Skarżącego dowodu stwierdziła nie czyniąc szerszego wyводу, że Skarżący nie udowodnił, że uprawnionym do wystawiania takich dokumentów jest Sąd Ludowy w Chińskiej Republice Ludowej.

W tym zakresie KIO poprzestała jedynie na odwołaniu się do rozstrzygnięcia dokonanego w ramach postępowania o sygn. akt. KIO/2785/10 wskazując, że podtrzymuje wyrażone przez siebie stanowisko. Podkreślić należy, że stanowisko to dotyczyło nie tylko innego skarżącego (Warbud), który nie przedstawił tożsamej ze Skarżącym argumentacji, ale przede wszystkim odnosiło się do innego wykonawcy. Wobec powyższego, stwierdzić należy, że KIO dokonała wyłącznie oceny argumentacji i dowodów przedstawionych przez Warbud i to odnośnie innego wykonawcy i pominęła w tym zakresie odwołanie Skarżącego w zakresie dotyczącym Konsorcjum Energomontaż, ergo nie rozpoznała go.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 Pzp uzasadnienie wyroku powinno zawierać m.in. wskazanie dowodów, na których KIO się oparła wydając orzeczenie, jak również przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności dowodowej. KIO w żaden sposób nie odniosła się do dowodu dołączonego do odwołania Skarżącego, czyli do zaświadczenia z dnia 3 września 2008 r. wydanego przez Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego w Shenzhen.

Z powołanego dokumentu wynika, że Harbin miał możliwość uzyskania urzędowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Działające na terytorium ChRL wydziały rejestracji wniosków poszczególnych sądów ludowych wydają na wniosek zainteresowanych podmiotów zaświadczenie dotyczące złożonych wniosków o otwarciu likwidacji i ogłoszeniu upadłości przez dany podmiot. Wobec powyższego, uzyskując takie zaświadczenie ze stosownego sądu, spółka Harbin byłaby w stanie potwierdzić, że nie otwarto wobec niej likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Podmiot ten zaniechał uzyskania urzędowego dokumentu i mimo niedopuszczalności, złożył zastępcze oświadczenie, pod którym podpisał się notariusz.

Ponadto, oświadczenie przedłożone przez Konsorcjum, dla potwierdzenia, że wobec spółki Harbin nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości nie zostało złożone przed notariuszem, który potwierdził wyłącznie złożenie podpisu i pieczęci pod tym oświadczeniem.

KIO w uzasadnieniu wyroku ograniczyła się jedynie do uznania, że nie zostało wykazane, iż w Chińskiej Republice Ludowej obowiązuje regulacja prawna, co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie.

Do takiego wniosku KIO, mogła dojść pomijając zupełnie odwołanie Skarżącego w powołanym zakresie. Do odwołania Skarżącego został dołączony wyciąg z Ustawy z dnia 28 sierpnia 2005 r. o Notariacie Chińskiej Republiki Ludowej wraz z tłumaczeniem, z którego wynika, że podobnie jak w prawie polskim jest możliwe w Chińskiej Republice Ludowej złożenie „oświadczenia przed notariuszem” (Rozdział 2, art. 11, pkt 3). Ponadto, ustawa ta wyróżnia również „poświadczenie podpisu i pieczęci” (Rozdział 2, art. 11, pkt 10). W dokumencie przedłożonych przez wykonawcę Harbin, czynności notariusza ograniczyły się

jedynie do poświadczenia złożonego podpisu i pieczęci pod stosownym oświadczeniem. Nie ma natomiast żadnego potwierdzenia, jakoby notariusz w jakikolwiek sposób zapoznał się z przedmiotowym oświadczeniem. Dokonując subsumcji, wskazać należy, że przedłożony dokument nie stanowi „oświadczenia złożonego przed notariuszem”, a zawiera jedynie „poświadczenie podpisu pieczęci”, co w świetle ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa nie jest wystarczające.

Zarzuty dotyczące Konsorcjum Tecnimont

Skarżący w Odwołaniu zgłosił zarzut, o „niezgodnym z Pzp zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Tecnimont z postępowania z uwagi na okoliczność, iż wykonawca wchodzący w skład Konsorcjum Tecnimont (Tecnimont S.p.A.) zalega z uiszczaniem podatków, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3) Pzp;

KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r. stwierdziła, że kwestionowany przez Skarżących dokument „Zaświadczenie o regularnym uiszczaniu podatku” zawiera dwa oświadczenia, które dowodzą, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatku. Oświadczenia te stanowią o:

- a) regularnym składaniu oświadczeń podatkowych,
- b) nie odnotowaniu naruszeń, co do których nie ma wątpliwości w stosunku do tego podmiotu (Tecnimont S. p A. — lider Konsorcjum)

Dodatkowo zdaniem KIO, naruszenia w uiszczaniu podatków przez Tecnimont S.p.A.(które zostały stwierdzone i opisane w zaświadczeniu), jako że nie zostały „zweryfikowane

definitywnie" nie mogą działać na niekorzyść wykonawcy. Z powyższą interpretacją zaświadczenia przedstawioną przez KIO nie można się zgodzić.

Skarżący, niniejszym podtrzymuje swój zarzut z odwołania, jednocześnie uznając, że KIO niesłusznie uznała, że na podstawie dokumentacji przedstawionej przez Konsorcjum należy uznać, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu z uwagi na nie zaleganie z uiszczeniem podatków.

Skarżący swój zarzut opiera na tym, że w zaświadczeniu zostały przedstawione informacje, z których jednoznacznie wynika, że Wykonawca posiada wobec Urzędu Skarbowego zaległości, które powinny skutkować jego wykluczeniem na mocy art. 24 ust 1 pkt 3 Pzp. Lider Konsorcjum został wielokrotnie wpisany na listę dłużników w wyniku zaległości podatkowych i co prawda, w kilku przypadkach obowiązek spłaty zaległości został zawieszony przez Urząd Skarbowy, jednakże w przypadkach określonych w pkt. 6,8,9 nie (zaległości wynikające z przywołanych punktów wynoszą kolejno: 37 480,05 Euro, 2 144,05 Euro i 2 564,85 Euro). Należy, więc stwierdzić, że jeżeli podatnik został wpisany na listę dłużników, a kwota długu jest określona w zaświadczeniu z właściwego Urzędu Skarbowego, to zalega on z uiszczaniem podatków. Dodatkowo wbrew stanowisku przedstawionym przez

KIO zgodnie z tłumaczeniem oświadczenia podatkowego przedstawionego przez Tecnimont S.p.A. stwierdzono, że „w stosunku do tego podmiotu nie odnotowano naruszeń, co do których nie ma wątpliwości” co *a contrario* należy rozumieć, że wobec Tecnimont S.p.A. odnotowano naruszenia, co do których są wątpliwości. Z treści dokumentu przedstawionego przez Tecnimont S.p.A. jednoznacznie wynika, że przyczyną „wątpliwości” są toczące się w dalszym ciągu postępowania, przedmiotem których są kwestionowane przez Tecnimont S.p.A. należności podatkowe oraz brak odebrania zawiadomienia o zaległości podatkowej. Takie zaświadczenie w sposób bezpośredni wskazuje, że nie można stwierdzić, że Tecnimont S.p.A. nie zalega z uiszczeniem podatków gdyż zaległości stwierdzone w zaświadczeniu nie zostały odroczone, rozłożone na raty, nie zostało wstrzymane w całości wykonanie decyzji właściwego organu ani Tecnimont S.p.A. nie został z nich zwolniony. Na chwilę wydania niniejszego zaświadczenia zaległości te istniały, a Tecnimont S.p.A. nie spełnił do chwili wystawienia zaświadczenia ani jednego z warunków wyłączających obowiązek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 3 Pzp. zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, „którzy zalegają z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia zdrowotne lub społeczne”. Zgodnie z poglądem doktryny należy przez to rozumieć, że Jakiegokolwiek zaległości w zakresie uiszczenia tych świadczeń powodują wykluczenie oferenta”.(J. Pirog, *Prawo zamówień publicznych komentarz*. Warszawa 2009, s. 117). W treści Ogłoszenia o Zamówieniu, Zamawiający wyraźnie określił, że warunkiem dopuszczenia do udziału w dalszej części postępowania jest przedstawienie aktualnego zaświadczenia potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wydanego przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego, a dla wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast zaświadczenia powyżej określonego, należy złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego (pkt III.2.1 Ogłoszenia o Zamówieniu).

W tym miejscu zwrócił uwagę skarżący, że już od 2009 roku Tecnimont S.p.A. (wcześniej Maire Engineering S.p.A.) nie potwierdza odbioru zawiadomienia urzędowego o wpisie na listę dłużników co jest praktyką wyjątkowo nieuczciwą. Kolejną poważną wątpliwość, co do braku zaległości w uiszczaniu podatków można powziąć po zapoznaniu się z pkt 10 oraz II zaświadczenia. W punktach tych został zawarty „protokół z PVC”, co jest rozumiane jako oficjalny raport z przeprowadzonego audytu podatkowego. Przedstawione w nim kwoty należności podatkowych nie zostały wyjaśnione i jest wysoce prawdopodobne, że są to zaległości podatkowe wykonawcy, nie uregulowane do chwili obecnej.

W związku z argumentacją przedstawioną powyżej, z interpretacją zaświadczenia przedstawioną przez KIO w uzasadnieniu wyroku nie można się zgodzić gdyż regularne składanie zaświadczeń (wniosków) nie potwierdza braku zaległości podatkowych. Złożenie zaświadczenia jedynie rozpoczyna proces weryfikacji wniosku, a następnie Urząd Skarbowy określa należność po zweryfikowaniu tego wniosku.

Jak zostało to opisane powyżej, z treści zaświadczenia wynika bezpośrednio, że naruszenia zostały stwierdzone i nie można uznać, że na podstawie zaświadczenia może być jednoznacznie stwierdzone, że Tecnimont S.p.A. nie zalega z uiszczaniem podatków. Takie stwierdzenie mogłoby mieć miejsce jedynie, gdy zakończą się toczące się obecnie postępowania związane z należnościami podatkowymi i zostałaby wyjaśniona kwestia nie odebrania zawiadomień o należnościach podatkowych.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum Tecnimont wniosło o jej oddalenie zgodnie z art.198f Pzp., i nieuwzględnienie zarzutu podniesionego w stosunku do tego Konsorcjum, a dotyczącego naruszenia art.24 ust.3 Pzp, tj. żądania nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Tecnimont z postępowania jako bezzasadnego.

W ocenie Konsorcjum przedstawione dokumenty spełniają wszystkie wymogi zarówno zawarte w przepisach jak i określone przez Zamawiającego, co też potwierdziła KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Konsorcjum podkreśliło, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączyło zaświadczenie o regularnym uiszczaniu podatków wydane przez Urząd Skarbowy, Dyrekcję Regionalną Regionu Lombardia, Dział Kontroli, Sporów i Pobierania Opłat, Biuro ds. Dużych Podatników, z którego wynika, że podmiot regularnie składał oświadczenia podatkowe, w stosunku do podmiotu nie odnotowano naruszeń, co do których nie ma wątpliwości w myśl okólnika nr 34/E z 25.05.2007r. odnotowano poniższe naruszenia nie zweryfikowane definitywnie. Konsorcjum podkreśliło, iż we Włoszech każde i wszystkie naruszenia nie zweryfikowane definitywnie są szczegółowo opisywane w tego typu zaświadczeniach tj.: zawieszone, zakwestionowane przez Spółkę w sądzie, a nawet te, o których Spółka nie została poinformowana i wobec których nie miała możliwości obrony. Ponieważ zaświadczenia w opisanej formie skutkowały nierównymi szansami dla podmiotów włoskich ubiegających się o zamówienia publiczne w dniu 3.08.2010r. wydano nowy okólnik nr 41/E Urzędu Skarbowego, na mocy którego nie uwzględnia się w zaświadczeniu o regularnym uiszczaniu podatków naruszeń nie zweryfikowanych definitywnie.

Zgodnie z przywołanym okólnikiem biorąc pod uwagę, powyższe tak jak wyraźnie przewidziano w cytowanym art.38 Kodeksu Zamówień Publicznych, zauważa się, że zaleganie z podatkami, mające znaczenie w wykluczeniu z procedur udzielenia zamówień publicznych, może być uważane za ostateczne wówczas, gdy wobec podatnika zostało ostatecznie zweryfikowane naruszenie dotyczące obowiązku płacenia podatków zarządzanych przez Urząd Skarbowy. Zaleganie z podatkami będzie uważane za nieważne (i tym samym nie będące powodem nie zezwalającym na udział) w przypadku, gdy w dniu prosby o poświadczenie, podatnik całkowicie uregulował roszczenia administracji finansowej, również poprzez rozłożenie na raty.

Nadto Konsorcjum do powołanego pisma dołączyło zaświadczenie otrzymane już według nowych zasad i wyjaśniło, iż z przyczyn obiektywnych niemożliwe było otrzymanie takiego dokumentu w czasie, kiedy składane były wnioski.

W opisanej sytuacji w ocenie Konsorcjum za niezasadne należało uznać zarzuty skargi.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum COVEC wniosło o odrzucenie skargi na podstawie art.198e ust.1 Pzp. jako niedopuszczalnej ewentualnie jej oddalenie jako bezzasadnej.

W razie odmowy odrzucenia skargi stosownie do art.198a ust.2 Pzp. w zw. z art.382 kpc. Konsorcjum wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów w postaci pisma Konsorcjum COVEC z 3.08.2010r. do Spółki Kożenice II Sp. z o.o. jako zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za numerem referencyjnym I/P/KOZ/2010 dotyczącego uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu celem udzielenia wyjaśnień w sprawie zasad wydawania w Chińskiej Republice Ludowej dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków, o których mowa w §4 ust. 1 pkt 1 rozp. Prezesa RM z 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty mogą być składane lub

zastępowane oświadczeniem zastępczym składanym przed chińskim notariuszem zgodnie z §4 ust.3 rozp. z uwagi na to, iż Konsorcjum nie mogło ich powołać w postępowaniu przed KIO, a potrzeba ich powołania wynikała na skutek powołania się przez Zamawiającego w toku rozprawy przed KIO wyłącznie na dokumenty stanowiące załączniki nr 2-5 do niniejszego pisma z pominięciem samego pisma, którego osnowa stanowi stanowisko Konsorcjum, zbieżne z tym prezentowanym w toku postępowania przed KIO i powtórzone w przedmiotowej odpowiedzi na skargę.

Konsorcjum wniosło o zasądzenie od Skarżącego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Konsorcjum podniosło, iż Skarżący w punkcie 1 wniosków Skargi wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt 1 oraz nakazanie unieważnienia i powtórzenia określonych czynności zamawiającego wskazanych w punktach 2 i 3 wniosków skargi, co jest niedopuszczalne, bowiem zgodnie z art.198f ust.2 Pzp. Sąd w postępowaniu skargowym nie ma uprawnień kasatoryjnych. W ocenie Konsorcjum wobec sformułowania żądań skargi w sposób sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz związania Sądu żdaniami skarżącego sprzecznymi z Pzp. istnieją podstawy do odrzucenia skargi jako niedopuszczalnej w oparciu o art.198e ust.1 Pzp. Stanowisko Konsorcjum sformułowane zostało w oparciu o założenie, iż zarówno sentencja jak i uzasadnienie KIO wydane w sprawie stanowią całość rozstrzygającą o żądaniach odwołującego. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Konsorcjum fakt powołania się przez KIO w uzasadnieniu na wcześniej podane wywody i argumenty nie naruszało przepisów Pzp. KIO w uzasadnieniu rozpatrując zarzut skarżącego nie przedłożyła dokumentu potwierdzającego, iż wobec Konsorcjum COVEC nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości odwołała się w całości do swojej argumentacji stanowiącej podstawę rozpoznania drugiego odwołania (sygn. akt KIO 2785/10) połączonym do wspólnego rozpoznania z postępowaniem prowadzonym pod sygn. akt KIO 2814/10.

KIO rozpoznając zarzuty skarżącego uznane za niezasadne i podtrzymując w tym zakresie w całości stanowisko wyrażone wobec drugiego odwołania nawet, jeśli nie wyartykułowała wprost, iż podtrzymuje również argumenty wobec zarzutu skarżącego nie przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec Konsorcjum COVEC nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne nie świadczy o nie rozpoznaniu tego zarzutu.

W ocenie Konsorcjum zaskarżony wyrok KIO jest prawidłowy i odpowiada prawu. KIO prawidłowo przyjęła, iż ciężar udowodnienia zarzutów odwołania spoczywał na Skarżącym, a nie na Konsorcjum zaprzeczającym twierdzeniom odwołującego.

Skarżący podtrzymał wyjaśnienia i argumenty dotyczące zróżnicowania terytorialnego i złożoności porządku prawnego istniejących w ChRL jak również braku jednolitej praktyki wydawania dokumentów przedstawione w postępowaniu przez KIO. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku KIO przede wszystkim uznała, że nie ma dowodu na to, że Sądy Ludowe są właściwe do wydania stosownego zaświadczenia, a zatem KIO musiała przeanalizować zaświadczenia z 3.09.2008r. wydane przez SL w Shenzhen przedstawione przez Skarżącego. Nadto zapis §64 pkt 8 umowy Spółki COVEC stanowi jedynie o właściwości określonego Sądu Ludowego do ogłoszenia upadłości Spółki. To na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu, że istnieje w Chińskiej Republice Ludowej określony organ zobligowany do wystawiania zaświadczenia, iż nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wskazanego podmiotu, czego nie wykazał.

Za niezasadne w ocenie Konsorcjum należało również uznać zarzuty Skargi dotyczące wadliwej formy przedłożonych przez Konsorcjum oświadczeń i w tym zakresie Konsorcjum również podtrzymało swoje argumenty podniesione w toku postępowania przed KIO. Konstrukcja czynności sporządzonej przed chińskim notariuszem sprowadza się do stawienia się reprezentantów Konsorcjum COVEC przed notariuszem, złożenia stosownych oświadczeń i potwierdzenia przez notariusza chińskiego, faktu złożenia wobec niego oświadczeń poprzez potwierdzenie tego faktu, wskazanie daty tej czynności oraz osoby składającej oświadczenie i własnoręczności jej podpisów jest zgodna z prawem właściwym dla miejsca wystawienia oświadczenia i jest wystarczająca w celu wypełnienia dyspozycji §4 ust.3 rozp.

Skarżący w piśmie z dnia 4.03.201 Ir. stanowiącym odpowiedź na stanowisko Konsorcjum COVEC podtrzymało zarzuty skargi i argumenty w niej zawarte, podkreślił również, iż skarga nie zawiera w treści wniosku o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy KIO do ponownego rozpoznania. W tej sytuacji zdaniem Skarżącego wywody Konsorcjum o odrzuceniu skargi nie mogą zostać uwzględnione. Nadto jak wskazał Skarżący przypadki, w których skarga podlega odrzuceniu zostały określone w art.198e ust. 1 Pzp. i żaden z nich nie odpowiada przedmiotowemu. Skarga została sformułowana zgodnie z wymogami przepisu art.198c Pzp.

Na posiedzeniu jawnym, które odbyło się w dniu 10 marca 201 Ir. przed Sądem Okręgowym uczestnicy postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumenty. Nadto Konsorcjum COVEC pismem z dnia 16 marca 201 Ir. (załącznik do protokołu) powtórzyło wywody prezentowane na powyższym posiedzeniu.

Po przeprowadzeniu postępowania Sąd Okręgowy ustalił i zważył:

Skarga odwołującego się Konsorcjum firm: ALSTOM Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (lider), ALSTOM Power Systems GmbH w Mannheim w Niemczech i PBG S.A. w Wysogotowie k. Poznania nie mogła odnieść zamierzonego skutku, dlatego jako niezasadna podlegała oddaleniu na mocy przepisu art.198f ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2010.182.1228 ze zm.) W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 201 Ir. wydany w sprawie o sygn. akt KIO2785/10, mocą którego KIO uwzględniła odwołanie i nakazała ponowne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należało uznać za zasadny w okolicznościach przedmiotowej sprawy i odpowiadający prawu.

W skardze Konsorcjum ALSTOM sformułowało żądania i zarzuty skierowane przeciwko trzem wykonawcom, którzy zgłosili swój udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i domagało się nakazania unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (powiadomienie z dnia 14 grudnia 201 Or.) oraz nakazania powtórzenia czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak również zobowiązanie zamawiającego do podjęcia następujących czynności:

- wezwania Konsorcjum COVEC do przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż wobec wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum COVEC (wykonawcy COVEC i CNEEC) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz potwierdzających, że wobec tych wykonawców nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie tj. potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku nie uzupełnienia powołanych dokumentów odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum COVEC;
- wykluczenia Konsorcjum Energomontaż z postępowania z uwagi na brak zdolności ekonomicznej i finansowej tego Konsorcjum niezbędnej do uczestnictwa w postępowaniu;
- w przypadku braku uznania przez Sąd zarzutu w postaci naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 **pkt 4** Pzp przez nieuwzględnienie wniosku skarżącego o nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Energomontaż z postępowania, mimo iż po jego stronie zachodzi brak zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do uczestnictwa w postępowaniu wezwania Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia dokumentów potwierdzających zdolność techniczną oraz potwierdzających, iż wobec wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum tj Harbin nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, co potwierdziłoby spełnienie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku nie uzupełnienia powołanych dokumentów odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Energomontaż; - wykluczenia Konsorcjum Tecnimont z postępowania z uwagi na to, iż wykonawca wchodzący w skład

tego Konsorcjum tj. Tecnimont S.p.A. zalega z uiszczeniem podatków. Mając na uwadze powyższe zarzuty, które stanowią powtórzenie zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 29 grudnia 2010r. podkreślenia wymaga, iż KIO w zaskarżonym wyroku uwzględniła odwołanie i nakazała ponowne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Szczegółowe podkreślenia wymaga, iż wyrok KIO nie zawiera w żadnym zakresie oddalenia zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu po dokonaniu oceny zasadności poszczególnych zarzutów odwołania zwróciła uwagę Zamawiającego na to, iż dokonując ponownej oceny ofert winien mieć na uwadze czynności, które w stosunku do konkretnych wykonawców zostały już dokonane z uwzględnieniem tego, iż art. 26 ust.3 Pzp. dopuszcza jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Zwróciła również uwagę na możliwość uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień w toku postępowania. Nadto KIO wskazała, w jakim zakresie naruszenie przepisu art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp winno skutkować wykluczeniem wykonawców z postępowania, tj. zarówno brak wymaganych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału czy też zdolności finansowej i ekonomicznej, ale również nie wykazanie ich posiadania. Abstrahując na niniejszym etapie (postępowania) uzasadnienia od poszczególnych zarzutów podniesionych przez skarżącego w stosunku do konkretnych wykonawców należy zwrócić uwagę Skarżącego na to, iż zaskarżony wyrok nie narusza jego prawa, a wręcz przeciwnie uwzględnia żądanie Odwołującego, bowiem nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie stanowi uchylenie zaskarżonej decyzji Zamawiającego oceniającej złożone przez wykonawców wnioski. Dokonując wyjaśnień w końcowym fragmencie uzasadnienia KIO zwróciła uwagę nie tylko na konieczność wezwania w konkretnie wskazanych przypadkach do uzupełnienia dokumentacji, ale również na możliwość dokonania wyjaśnień, co do treści dokumentów już przedstawionych przez wykonawców. Powyższe stanowisko KIO należało uznać za zasadne i celowe, bowiem w niniejszym przypadku wykonawcy w szczególności wchodzący w skład Konsorcjów występujących z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mają swoje siedziby w innych państwach poza terytorium RP, a nawet poza Europą. Opisana sytuacja skutkuje znacznymi rozbieżnościami nie tylko w obowiązujących przepisach, ale nawet zwyczajach i praktyce, dlatego istotne jest dokonywanie wyjaśnień.

Szczegółowe wyjaśnienie wątpliwości powstałych w toku postępowania może mieć wpływ na ocenę Zamawiającego i decyzje wyboru o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga kwestia istnienia po stronie Konsorcjum Alstom interesu we wniesieniu skargi w opisanej wyżej sytuacji.

Zgodnie z przepisem art.179 ust 1 Pzp. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale (DZIAŁ VI Środki ochrony prawnej) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyróżniają dwa środki ochrony prawnej tj. odwołanie i skargę. Aktualne brzmienie przywołanego przepisu jako podstawę wniesienia środka ochrony prawnej w niniejszym przypadku skargi wskazuje posiadanie przez podmiot wnoszący „interesu”. Powyższe stanowi poszerzenie zakresu stosowania przepisu art.179 Pzp, bowiem jako podstawę wystąpienia z np. skargą nie wskazuje już „interesu prawnego” jak to miało miejsce dotychczas, ale jedynie wskazuje na potrzebę posiadania „interesu”. Oznacza to, że może to być także interes faktyczny. Nie musi on, zatem wynikać z przepisów prawa materialnego, czy też być chronionym przez prawo. Nadal jednak musi to być interes w uzyskaniu konkretnego postępowania, a nie interes hipotetyczny przewidywany w przyszłości. Nadto należy podkreślić również, iż skarżący zgodnie z obowiązującym brzemieniem wskazanego przepisu winien wykazać, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Mimo, iż przepis w żaden sposób nie

dookreśla pojęcia „szkody”, bez wątpienia zasadnicze znaczenie będzie miała szkoda o charakterze majątkowym. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zmierza do zawarcia umowy i uzyskania zamówienia.

W niniejszym przypadku po przeanalizowaniu brzmienia wskazanego przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. oraz stanu sprawy Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, iż Konsorcjum Alstom posiada interes we wniesieniu skargi na orzeczenie KIO z dnia 13 stycznia 201 r. po pierwsze KIO mimo, iż nie oddaliło odwołania w żadnym zakresie, to nie orzekło również zgodnie z treścią żądania sformułowanego w odwołaniu, a po drugie ewentualne definitywne przesądzenie przez organ orzekający w przedmiotowym przypadku Krajową Izbę Odwoławczą na przykład o wykluczeniu innych wskazanych w skardze wykonawców wpłynęłoby na sytuację skarżącego w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, a co za tym idzie wniesienie skargi mieści się w interesie Konsorcjum Alstom. Wyjaśnienia również wymaga kolejna kwestia podniesiona w odpowiedzi na skargę przez konsorcjum COVEC, a dotycząca wadliwego w ocenie tego Konsorcjum sformułowania skargi z przyczyny zawarcia w jej treści żądania uchylecia orzeczenia KIO. Zgodnie z przepisem art. 198c Pzp. skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części. Mając na uwadze treść przywołanego przepisu oraz wniosek skargi o treści „uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt. 1 w zakresie, w jakim nie uwzględniono zarzutów w pkt. 1-7 powyżej” za niecelowy należało uznać wniosek Konsorcjum COVEC o odrzucenie skargi z przyczyny braku po stronie Sądu Okręgowego w niniejszym postępowaniu uprawnień kasacyjnych, niezbędnych do uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Jak słusznie podkreślił Skarżący, wniosek o uchylenie wyroku KIO w opisanym zakresie nie zawiera dalszej części dotyczącej przekazania sprawy do ponownego rozpoznania KIO i został sformułowany zgodnie z obowiązującym przepisem. Nie może, zatem doprowadzić do odrzucenia skargi z przyczyn formalnych. Reasumując, skarga podlegała merytorycznemu rozpoznaniu.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w stosunku do wykonawcy Konsorcjum Energomontaż:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu - zamówieniu sektorowym w pkt. III.2.2 zdolność ekonomiczna i finansowa wskazał, iż o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej między innymi w przypadku wykonawców wspólnie składających wniosek posiadają średnioroczne przychody z działalności operacyjnej za okres ostatnich trzech lat obrotowych na poziomie nie niższym niż 800.000.000 zł. lub równowartość tej kwoty w innej walucie, a w przypadku gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, przychody z działalności operacyjnej muszą wynikać z jednostkowych sprawozdań finansowych wykonawcy. Wymóg powyższy będzie spełniony, gdy spełniać go będzie jeden albo kilku albo łącznie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (art.25 ust. 1 pkt1 Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Na mocy §1 ust. 1 pkt 8 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 (Dz. U. 09.226.1817 ze zm.) w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania wymaganych warunków został określony w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2

ustawy zamawiający może żądać sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Podkreślenia wymaga, iż przywołane przepisy rozporządzenia nie zawierają żadnych dodatkowych ustaleń dotyczących podmiotów mających swoją siedzibę poza granicami RP, co oznacza, iż każdy wykonawca w sytuacji zapisania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu dotyczącego wykazania określonych możliwości finansowych i ekonomicznych ma obowiązek spełnienia tego warunku. Przy czym dopuszczalne jest przedstawienie wszystkich dokumentów, bowiem wskazane rozporządzenie w żaden sposób nie precyzuje ani nie ogranicza ich rodzaju, poza wymogiem, aby wynikały z nich informacje o obrotach, zobowiązaniach i zaległościach za konkretny okres czasu. W niniejszym przypadku zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny, który nie budził wątpliwości ani uczestników postępowania ani też Sądu żądał w ogłoszeniu, aby w przypadku występowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a wykonawca wchodził w skład grupy kapitałowej przychody z działalności operacyjnej wynikały z jednostkowych sprawozdań finansowych wykonawcy. Zatem skoro Spółka Harbin, która wchodzi w skład grupy kapitałowej Harbin Power Engineering Company Limited, ale w Konsorcjum Energomontaż występowała samodzielnie tj. niejako grupa kapitałowa winna przedłożyć dokumenty obrazujące wyłącznie jej sytuację finansową i ekonomiczną, a nie całej grupy kapitałowej. Przedstawienie dokumentów finansowych całej grupy kapitałowej nie stanowi o spełnieniu wymogu zamawiającego.

W tym, zatem zakresie Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska KIO, co jednak pozostaje bez wpływu na zasadność wyroku KIO.

Odnosnie następnego zarzutu Skarżącego dotyczącego Konsorcjum Energomontaż, a obejmującego kwestię braku spełnienia kolejnego wymogu Zamawiającego określonego w ogłoszeniu z przyczyny nie wykazania przez wykonawcę zaprojektowania jednej z inwestycji przedstawionej dla potwierdzenia zdolności technicznej Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Należało zwrócić uwagę Skarżącego, iż w skardze wskazał, iż podtrzymuje zarzuty odwołania w punkcie 22, 24 i 25. W odwołaniu w podanych punktach zarzucał niezgodne z Pzp. zaniechanie przez zamawiającego wezwania Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia dokumentów potwierdzających zdolność techniczną i nie otwarcie w stosunku do członka Konsorcjum jakim jest Spółka Harbin likwidacji ani też postępowania upadłościowego. Zarzut o braku zobowiązania zamawiającego do wezwania Konsorcjum Energomontaż do uzupełnienia złożonej dokumentacji w kwestii wykazania spełnienia warunku zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu w postaci wykonania projektu, co najmniej jednej z przedstawionych przez wykonawcę inwestycji w formule „pod klucz” został w całości podtrzymany w skardze. Wydany w sprawie wyrok KIO umożliwia zamawiającemu uzupełnienie postępowania przez wezwanie Konsorcjum na mocy art.26 ust.3 Pzp. do uzupełnienia wymaganych i koniecznych dla wykazania spełnienia wymogów uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów. Dlatego w opisanym zakresie zarzuty skargi należało uznać za chybione.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie przedłożenia przez członka Konsorcjum Energomontaż - Spółki Harbin dokumentów potwierdzających, iż w stosunku do tego podmiotu nie ogłoszono upadłości ani też nie otwarto postępowania likwidacyjnego to podkreślenia wymaga, iż zainteresowany podmiot wyjaśnił skomplikowaną sytuację administracyjno prawną w Chińskiej Republice Ludowej, czego skutecznie nie obalili skarżący. Fakt wydania dwa lata wcześniej tj. w 2008r. przez Ludowy Sąd CHRL dokumentu zaświadczonego o nie ogłoszeniu upadłości i nie wszczęciu postępowania likwidacyjnego w stosunku do innego podmiotu mającego swoją siedzibę w innej części administracyjnej kraju nie może stanowić dowodu na okoliczność istnienia możliwości uzyskania takich zaświadczeń w całych Chinach, podkreślenia wymaga, iż skarżący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność istnienia ogólnopaństwowych uregulowań w tej kwestii, na co zasadnie zwróciła uwagę KIO. W zaistniałej sytuacji w ocenie Sądu za wystarczające spełnienie wymogu ustawowego i wynikającego z ogłoszenia o zamówieniu należało uznać przedłożenie oświadczenia Spółki Harbin o nie ogłoszeniu w stosunku do niej upadłości oraz nie wszczęciu postępowania

likwidacyjnego. Odnosząc się do formy tego oświadczenia to należy mieć na uwadze przywołane wyżej rozporządzenie z dnia 30.12.2009r. zgodnie z którego § 4 1. jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1:

1) pkt 2-4 i pkt 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

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

2) pkt 5 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

2. Dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a i c oraz pkt 2, powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Dokument, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

3. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

Bez wątpienia oświadczenie takie winno zostać złożone zgodnie z przepisami, wymogami i zwyczajami obowiązującymi w miejscu jego składania (dotyczy to zarówno miejsca geograficznego jak i organu, przed którym jest składane). Powyższe oznacza, iż skoro Konsorcjum Energomontaż wyjaśniło, że poświadczenie notariusza w Chińskiej Republice Ludowej zawierające potwierdzenie podpisu obejmuje de facto również zarówno odczytanie tego oświadczenia przez notariusza składającemu jak i poświadczenie podpisania go w obecności notariusza, a skarżący nie wykazał odmiennej praktyki - zasadnie uznała KIO, iż czynność notarialna dokonana w opisany sposób wypełnia wymogi złożenia oświadczenia w obecności notariusza. Za nie znajdujące uzasadnienia w obowiązującym ustawodawstwie polskim należało uznać wymóg skarżącego, aby złożenie oświadczenia przed notariuszem umocowanym do prowadzenia biura w Chińskiej Republice Ludowej sporządzone było w formie wymaganej dla dokonania takiej czynności przez notariusza umocowanego do prowadzenia biura w Rzeczypospolitej Polskiej. Wręcz przeciwnie zgodnie z prawidłowo przywołanym przez KIO art. 12 ustawy z 12.11.1965r, prawo prywatne międzynarodowe określającej prawo właściwe dla międzynarodowych stosunków osobistych i majątkowych w zakresie prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności, a zatem przepisom obowiązującym na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w stosunku do wykonawcy Konsorcjum COVEC: Wyjaśnienia wymaga, iż jak trafnie podnosi w odpowiedzi na skargę wskazane Konsorcjum, w postępowaniu przed KIO zarządzeniem z dnia 5.01.2011 r. Prezes Krajowej Izby

Odwoławczej połączył do wspólnego rozpoznania dwie sprawy wynikające z odwołań wniesionych przez dwóch wykonawców. KIO wydało jeden wyrok i sporządziło jedno uzasadnienie do sprawy, zatem w sytuacji, gdy zarzuty obu odwołań były zbliżone czy wręcz

pokrywały się nie było przeszkód do spisania rozważań i argumentów w części dotyczącej jednego odwołania, a następnie powołania się na nie w części dotyczącej drugiego odwołania. Takie działanie KIO należało uznać za zasadne i celowe biorąc pod uwagę zbieżność zarzutów oraz obszerność materiału, który KIO oceniała oraz do którego się odnosiła. Oczywiście jest natomiast, iż KIO zobligowana była do dokonania oceny zarzutów, które nie pokrywały się w obu odwołaniach i sporządzenia pisemnego uzasadnienia w tym zakresie. Podkreślenia wymaga, iż KIO odniosła się do wszystkich zarzutów skarżącego, chociaż nie opisała oceny wszystkich przywołanych na poparcie odwołania dowodów. Ponieważ jednak zgodnie z art. 198f. ust. 2 Pzp. przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się, zatem ewentualne uchybienie KIO w tym zakresie nie może skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku, a jedynie poczynieniem przez Sąd Okręgowy ustaleń i dokonaniem oceny zarzutów podniesionych przez skarżącego oraz przywołanego materiału dowodowego. W przedmiotowej skardze skarżący podniósł dwa zarzuty tj., iż Konsorcjum COVEC nie przedstawił dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do tego wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz co do formy złożonego przez Konsorcjum oświadczenia w tej kwestii jak również, iż KIO w ogóle nie rozpatrzyła zarzutu nie przedłożenia przez Konsorcjum dokumentu potwierdzającego nie orzeczenie w stosunku do niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO w kwestii zastosowania w postępowaniu ogólnych reguł dowodzenia wynikających z przepisu art. 6 kc, z godnie z którym, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Powyższe oznacza, iż w sytuacji, gdy Konsorcjum COVEC wyjaśniło, iż w kraju, w którym ma swoją siedzibę nie wydaje się wymaganych przez Pzp. i rozporządzenie z dnia 30.12.2009r. dokumentów dlatego przedłożyło oświadczenie to Odwołujący winien udowodnić, że jest inaczej, to znaczy, że dokumenty te są wydawane i przez jaki organ (sądowy, administracyjny czy też inny) oraz na jakich zasadach (termin).

Sąd Okręgowy uznał za wykazane przez Konsorcjum COVEC, iż w Chińskiej Republice Ludowej funkcjonuje bardzo zróżnicowana struktura administracyjna, a w konsekwencji również organizacyjno-prawna. Efektem tego jest brak możliwości skutecznego powoływania się na analogie tj. wywodzenie, iż jeśli w jednym mieście, dystrykcie czy regionie autonomicznym określony organ np. Sąd Ludowy czy inny urząd wydał określony dokument nie upoważnia to do przyjęcia, iż taka sama praktyka funkcjonuje w innej części kraju. Dlatego też udokumentowany przez skarżącego fakt wystawienia przez Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego w Shenzan dla podmiotu - Huswei Technologies Co., Ltd zaświadczenia o nie wpłynięciu w stosunku do tego podmiotu żadnego wniosku o ogłoszenie upadłości i likwidacji nie może stanowić dowodu na okoliczność istnienia ogólnego obowiązku wydawania takich zaświadczeń przez wszystkie Sądy Ludowe funkcjonujące na terenie Chińskiej Republiki Ludowej. Jak trafnie wskazała KIO odwołujący nie wykazał istnienia takiego obowiązku ani nawet takiego zwyczaju. Również wynikający z zapisu § 64 ust. 8 umowy spółki o treści Jeżeli Spółka nie posiada aktywów wystarczających do rozliczenia długów,łoży wniosek do sądu ludowego o ogłoszenie upadłości" obowiązek wystąpienia w określonej sytuacji do Sądu Ludowego z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki nie dowodzi istnienia po stronie tego Sądu obowiązku wydawania zaświadczeń o braku takiego wniosku.

W zaistniałej sytuacji prawidłowo Konsorcjum przedłożyło własne oświadczenia w tym zakresie. Odnosząc się do zarzutu skarżącego, nie spełnienia przez oświadczenia Konsorcjum COVEC (dotyczące nie ogłoszenia w stosunku do podmiotów wchodzących w jego skład upadłości ani otwarcia postępowania likwidacyjnego oraz nie orzeczenia w stosunku do tych wykonawców zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne) wymogu ustawowego, z przyczyny nie złożenia tego oświadczenia w obecności notariusza, a jedynie przedstawienia potwierdzenia podpisu i pieczęci przez notariusza - Sąd Okręgowy podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone wyżej.

Bez wątpienia oświadczenie takie winno zostać złożone zgodnie z przepisami, wymogami i zwyczajami obowiązującymi w miejscu jego składania (dotyczy to zarówno miejsca geograficznego jak i organu, przed którym jest składane). Powyższe oznacza, iż skoro wyjaśniono, że poświadczenie notariusza w Chińskiej Republice Ludowej zawierające potwierdzenie podpisu obejmuje de facto również zarówno odczytanie tego oświadczenia przez notariusza składającemu jak i poświadczenie podpisania go w obecności notariusza,

zasadnie uznała KIO, iż czynność notarialna dokonana w opisany sposób wypełnia wymogi złożenia oświadczenia w obecności notariusza. Za nie znajdujące uzasadnienia w obowiązującym ustawodawstwie polskim należało uznać wymóg skarżącego, aby złożenie oświadczenia przed notariuszem umocowanym do prowadzenia kancelarii w Chińskiej Republice Ludowej sporządzone było w formie wymaganej dla dokonania takiej czynności przez notariusza umocowanego do prowadzenia kancelarii w RP. Wręcz przeciwnie zgodnie z prawidłowo przywołanym przez KIO art. 12 ustawy z 12.11.1965r, prawo prywatne międzynarodowe określającej prawo właściwe dla międzynarodowych stosunków osobistych i majątkowych w zakresie prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Jak to podkreśla Skarżący zgodnie z przepisem art. 11 Ustawy o Notariacie w Chińskiej Republice Ludowej z dnia 20.02.2005r. na żądanie osoby fizycznej, osoby prawnej lub innej organizacji, kancelaria notarialna dokonuje czynności notarialnych w następujących sprawach: ust.3 - upoważnienie, oświadczenie, darowizna, testament oraz ust. 10 - podpis, pieczęć, data podana na dokumencie lub potwierdzenie zgodności fotokopii z oryginałem. Z

powyższego wynika, iż zgodnie z przywołanym uregulowaniem odrębną czynnością notarialną jest oświadczenie a odrębną jest poświadczenie podpisu, pieczęci, daty... Istniejące w Polsce uregulowania dotyczące obowiązków i uprawnień notariuszy oraz funkcjonujące w tym zakresie zwyczaje nie mogą być przenoszone na grunt obcego ustawodawstwa, dlatego też za chybiłe należało uznać stanowisko prezentowane przez Skarżącego odnośnie tego jak winno przebiegać zdarzenie w postaci złożenia oświadczenia przed chińskim notariuszem oraz formy i treści sprawozdania z tego zdarzenia. Zgodnie z wywodami skarżącego przytaczanymi za Sądem Okręgowym w Warszawie wydanym w sprawie o sygn. akt Ca 4707 w dniu 26.02.2007r. „w świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wykazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenie oświadczenia. Okoliczności te winny być stwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego. Natomiast oświadczenie złożone na podstawie obcego prawa powinno być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego." W tym miejscu kolejny raz wyraźnego podkreślenia wymaga, iż ustawa o notariacie obowiązująca w RP nie może stanowić ani wzorca ani nawet odniesienia dla sposobu wykonywania czynności przez notariusza w ChRL w oparciu o ustawę tam obowiązującą. Powyższe oznacza, iż również „adekwatność” tych czynności winna być oceniana z dużą dozą ostrożności. Nadto należy zwrócić uwagę na to, iż przepis ust.3 § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane nie wymaga przedłożenia oświadczenia w formie notarialnej, a jedynie oświadczenia złożonego przed notariuszem. Mając na uwadze powyższe wskazać należy na ewidentną różnicę w dwóch dokumentach przedstawionych przez China Overscas Engineering Group, Co. Ltd. tj. zaświadczenia podatkowego z poświadczeniem notarialnym oraz oświadczenia o nie otwarciu likwidacji ani nie ogłoszeniu upadłości w stosunku do tego podmiotu jak również o nie zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z zaświadczeniem notarialnym. W pierwszym ze wskazanych dokumentów poświadczenie notarialne ograniczyło się do zaświadczenia, że fotokopia załączonego zaświadczenia jest zgodna z oryginałem, a pieczęć urzędowa umieszczona na oryginale jest autentyczna, co podpisał i opieczętował notariusz. Natomiast w przypadku drugiego dokumentu notariusz zaświadczył, że Fang Yuanming (płci męskiej, urodzony w dniu 12.07.1959r.) w dniu 16.07.2010r. stawił się w biurze notariusza i umieścił na załączonym oświadczeniu w obecności notariusza swój podpis oraz pieczęć firmową Spółki, powyższe podpisał i opieczętował notariusz.

W przywołanych okolicznościach za niezasadne należało uznać zarzuty Skarżącego dotyczące nie spełnienia przez przedstawione oświadczenia Konsorcjum COVEC wymogu złożenia ich przed notariuszem.

Reasumując, skargę konsorcjum ALSTOM w przedmiotowym zakresie należało uznać za chybioną.

W tym miejscu dodatkowego rozważenia i wyjaśnienia wymaga kwestia sytuacji procesowej i prawnej uczestników postępowania, bowiem de facto KIO rozpoznawała dwa odwołania tj.

Konsorcjum Warbud i Konsorcjum ALSTOM, które to odwołania w zakresie części zarzutów dotyczących wykonawcy tj. Konsorcjum COVEC pokrywały się, na co już wcześniej zwrócono uwagę. Faktem nie budzącym żadnych wątpliwości pozostaje, iż co do rozstrzygnięcia odwołania Konsorcjum Warbud nikt z uczestników nie wniósł skargi, co oznacza, iż orzeczenie KIO w tym zakresie uprawomocniło się. Orzeczenie to obejmuje również w pewnym zakresie rozstrzygnięcie o zarzutach Konsorcjum ALSTOM, dlatego niecelowe również i z tej przyczyny było dokonywanie zmiany orzeczenia KIO w zakresie dotyczącym Konsorcjum COVEC.

Jak już wcześniej wskazano orzeczenie KIO uwzględnia żądanie odwołującego, bowiem nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie stanowi uchylenie zaskarżonej decyzji zamawiającego oceniającej złożone wnioski i obliuguje zamawiającego do ponownej oceny przedstawionych wniosków pod kontem ich prawidłowości i spełnienia wymogów ustawowych oraz zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w stosunku do kolejnego wykonawcy tj. Konsorcjum Tecnimont:

Podkreślenia wymaga, iż Skarżący zaskarżył wyrok KIO w części, w jakiej nie uwzględnił naruszeń oznaczonych numerami między innymi 16 i 18 opisanych w części I petitum odwołania z 29 grudnia 2010r. przy czym dalej sformułowane zarzuty w stosunku do wskazanego Konsorcjum Tecnimont dotyczyły jednej kwestii tj. zalegania z zapłatą podatków. Zwrócenia uwagi wymaga, iż w treści skargi tj. ani w części zawierającej zarzuty ani też w dalszej części zawierającej ich uzasadnienie nie zawarto żadnej argumentacji w kwestii braku dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W tej sytuacji KIO stwierdziła, że Konsorcjum Tecnimont S.p.A. przedłożyło zaświadczenie o wpisie do sekcji zwykłej, wydane przez Izbę Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Mediolanie stwierdzające, że z dokumentów urzędu wystawiającego zaświadczenie nie wynika, aby przedsiębiorstwo znajdowało się w stanie upadłości, postępowania układowego lub zarządu komisarycznego. KIO zwróciła nadto uwagę, iż odwołujący ani w odwołaniu, ani też w toku postępowania nie wykazał, że jedynym właściwym dokumentem dla potwierdzenia tych okoliczności we Włoszech jest wyłącznie dokument wydany przez sąd pierwszej instancji, dlatego uznała zarzut ten za niezasadny.

Mając na uwadze fakt odniesienia się do zarzutu odwołania oraz zupełny brak dalszych zastrzeżeń, co do tego stanowiska KIO w skardze Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Izby w całej rozciągłości, co do nie zasadności zarzutu nie przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż wobec Konsorcjum Tecnimont S.p.A. nie ogłoszono upadłości ani nie otwarto postępowania likwidacyjnego.

Sąd Okręgowy podzielił również stanowisko KIO w kwestii nie zasadności drugiego z zarzutów dotyczącego posiadania przez Konsorcjum Tecnimont S.p.A. zaległości podatkowych. Faktem nie kwestionowanym przez Konsorcjum Tecnimont S.p.A. jest, iż z zaświadczenia przedłożonego przez ww. Konsorcjum wynika, iż opisany w nim podmiot regularnie składa oświadczenia podatkowe i w stosunku do niego nie odnotowano naruszeń, co do których nie ma wątpliwości. Za uprawnione należało, zatem uznać wnioskowanie, iż Konsorcjum to, posiada naruszenia podatkowe nie zweryfikowane definitywnie tj. sporne w pełnym tego sformułowania zakresie. Zapis art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp. zawiera uregulowanie o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne z wyjątkiem przypadków gdy uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu powtórzył te same wymogi. Mając na uwadze powyższy przepis zasadnie KIO uznała, iż w sytuacji, gdy ujawniona w zaświadczeniu zaległość jest sporna, bo nie odnotowano w stosunku do niej „braku wątpliwości” nie może obciążać bezwzględnie wykonawcy i skutkować jego wykluczeniem z postępowania. Dopiero, bowiem po zakończeniu postępowania bez względu, jakiego rodzaju tj. sądowego czy też np. karnoskarbowego zaległości te będą zasadne albo nie, mogą również zostać rozłożone na raty lub odroczone, co do terminu płatności i wówczas winny być brane pod rozwagę w kwestii spełnienia przesłanki przywołanego przepisu art. 24 Pzp.

Reasumując, skarga nie mogła odnieść zamierzonego skutku i dlatego jako niezasadna podlegała oddaleniu.

Jednakże podkreślenia wymaga, iż w przypadku niektórych zarzutów Sąd Okręgowy poczynił odmienne ustalenia niż KIO skutkiem, czego była również odmienna ocena ich zasadności. Powyższe nie wpłynęło jednak na trafność wyroku KIO.

Ponownie oceniając złożone przez wykonawców wnioski o udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego rozważy Zamawiający między innymi wystąpienie do Konsorcjum Tecnimont S.p.A. o wyjaśnienie jakie postępowania toczą się w kwestii nie zapłaconych podatków. O kosztach postępowania wywołanej) skargą orzeczono na mocy przepisu art.198f ust.5 Pzp.