

w

Sygn. akt XXIII Ga 666/1

M*. >j; »rt r\y_

•*.

I KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

15. 12. 2011

a

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2011 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący- SSO Jolanta Stępień - Kordiał (spr.)

Sędziowie: SO Bolesław Wadowski

SO Alicja Dziekańska

Protokolant: sekr. sąd. Aneta Tatarenko

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. w Warszawie

sprawy ze skargi Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce i AF-Colenco Limited w Szwajcarii

z udziałem przeciwnika skargi PGE EJ1 Sp. z o.o. w Warszawie

z udziałem:

1. Konsorcjum firm w składzie: Scott Wilson Sp. z o. o. w Warszawie i Tractebel Engineering SA w Brukseli;
2. Amec Nuclear UK Limited w Wielkiej Brytanii,
3. Exelon Generation Company USA,
4. Konsorcjum firm w składzie: Bechtel Power Corporation USA, Bechtel Polska Sp. z o. o. w Warszawie i Electricite de France S.A. we Francji,

i z udziałem konsorcjum: WorleyParsons Nuclear Services JSC w Bułgarii, WorleyParsons International Inc. USA oraz WorleyParsons Group Inc. USA - jako interwenienta ubocznego po

stronie zamawiającego.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1306/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. 1 w stosunku do Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited w imieniu i na rzecz której działa Mott

MacDonald Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce i AF-Colenco Limited w Szwajcarii i nie nakazuje wykluczenia Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce i AF-Colenco Limited w Szwajcarii;

II. zasądza od PGE EJ1 Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce i AF-Colenco Limited w Szwajcarii kwotę 75.900,- zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset złotych) tytułem kosztów postępowania;

III. zarządza zwrócić ze Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz : WorleyParsons Nuclear Services JSC w Bułgarii, WorleyParsons International Inc. USA oraz WorleyParsons Group Inc. USA kwotę 75.000,- zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych) tytułem uiszczonej opłaty od odrzuconej

skargi.

M*oryginał właściwe podpisy
ia zgodność

XXIII Ga 666/11
ekretarz

Uzasadnienie

PGE EJ 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Zamawiający) prowadziła, w trybie negocjacji z ogłoszeń, in. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie przez Doradcę Technicznego usług doradztwa technicznego w procesie inwestycyjnym związanym z budową przez PGE EJ 1 Sp. z o.o. pierwszej polskiej elektrowni jądrowej o mocy ok. 3 000 MW”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 1 13, poz. 759 ze zm.). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 lutego 2011 r. pod nr 2011/S 25-040551. W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Bechtel Power Corporation z siedzibą w USA, Bechtel Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Electricite de France SA z siedzibą we Francji (Odwołujący) w dniu 20 czerwca 2011 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej czynności Zamawiającego polegającej na: bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania: bezpodstawnym zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia z następujących wykonawców: AMEC, Konsorcjum Scott Wilson, Konsorcjum Worley oraz Konsorcjum Mott MacDonald; a także zaniechaniu przez Zamawiającego czynności ujawnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Amec, Konsorcjum Scott Wilson oraz Konsorcjum Mott MacDonald. Zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp oraz wydanych na ich podstawie aktów wykonawczych, tj.:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji niezgodne z przepisami ustawy Pzp wykluczenie Odwołującego z postępowania;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia w'ai inków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezgodne z przepisami ustawy Pzp c.ykluczenie Odwołującego z postępowania:

- art. 24 ust. 2 ; kt 4 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 3 oraz § 6 ust. 1, 2 oraz 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów' z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania następujących wykonawców zakwalifikowanych przez Zamawiającego do dalszego udziału w postępowaniu pomimo, iż złożyli oni dokumenty i oświadczenia niezgodne ze wskazanymi przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów i nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu: Amec, Konsorcjum Scott Wilson, Konsorcjum Worley, Konsorcjum Mott MacDonald;

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie wyłącznie od Odwołującego szczegółowych wyjaśnień co do ich powiązań z potencjalnymi dostawcami technologii reaktorów jądrowych przy jednoczesnym zaniechaniu takiego szczegółowego badania w stosunku do Exelon, Konsorcjum Scott Wilson i Konsorcjum Worley oraz uznanie, iż powiązania opisane przez Odwołującego mogą budzić wątpliwości co do ich bezstronności pomimo, iż powiązania Exelon, Konsorcjum Scott Wilson i Konsorcjum Worley nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego co do bezstronności tych wykonawców - w konsekwencji we wskazanym zakresie Zamawiający ocenił spełnianie przez Odwołującego oraz przez Exelon. Konsorcjum Scott Wilson i Konsorcjum Worley warunku udziału w postępowaniu, określonego w części III.2.3) pkt. I.C) ogłoszenia zamówieniu w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez bezpodstawne uznanie, iż we Francji właściwy organ sądowy hib administracyjny wydaje zaświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy' Pzp:

- art. 26 ust. 2b) ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do Amec oraz Konsorcjum Mott MacDonald i w konsekwencji dokonanie oceny spełniania przez tych wykonawców warunków udziału w postępowaniu na podstawie zobowiązań podmiotów' trzecich udostępniających im swe zasoby, nie /łożonych w wymaganej formie pisemnej;

- art. 57 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 24 ust. 1 i art. 26 ust. 2b¹ ustawy' Pzp i § 1 ust. 1 pkt 10, 5 4 ust. 3 i § 6 ust. 1 i 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez dc puszczenie do udziału w postępowaniu następujących wykonawców, pomimo, iż nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu: Amec, Konsorcjum Scott Wilson, Konsorcjum Worley, Konsorcjum Mott MacDonald;

- art. 8 ust. 1.2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Amec, Konsorcjum Scott Wilson oraz części wezwania Konsorcjum Mott MacDonald do uzupełnienia wniosku w zakresie pytań 2-1 5.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w tym czynności polegającej na

i

wykluczeniu Odwołującego z postępowania: powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego; dopuszczenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu; wykluczenia z postępowania następujących wykonawców: Amec, Konsorcjum Scott Wilson, Konsorcjum Worley, Konsorcjum Mott MacDonald; ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Amec, Konsorcjum Scott Wilson oraz części wezwania Konsorcjum Mott MacDonald do uzupełnienia wniosku w zakresie pytań 2-1 5.

W odwołaniu Odwołujący wskazał na nierówne traktowanie wykonawców w związku z Warunkiem Bezstronności. Wskazał, że Zamawiający nierówno potraktował

Odwołującego w stosunku do wykonawców: Exelon, Konsorcjum Scott Wilson oraz Konsorcjum Worley poprzez negatywną ocenę powiązań EDF ze spółką Areva, pomimo, iż powiązania Exelon z Westinghouse oraz GE Hitachi. Konsorcjum Scott Wilson z Areva oraz Konsorcjum Worley z Rosatom zostały przez Zamawiającego uznane jako nie wpływające na bezstronność doradcy technicznego. Tym samym - w ocenie Odwołującego - Zamawiający dopuścił się ewidentnego naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust 1 ustawie Pzp, który to przepis nakazuje równo traktować wykonawców zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Skoro bowiem zaakceptował związki innych wykonawców z dostawcami technologii nuklearnej to winien był dokonać tego samego w odniesieniu do Odwołującego.

Co do kwestii karalności członków organu zarządzającego EDF Odwołujący wskazał, że bezzasadne i sprzeczne z przepisem § 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, pozostają twierdzenia Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie złożył wymaganego zaświadczenia dotyczącego członka Rady Administrującej EDI - Henriego Proglia - w zakresie jego karalności. Analiza przepisów wskazanego rozporządzenia, dokonana z uwzględnieniem brzmienia dyrektywy klasycznej nr 2004/18/WE, prowadzi w jego ocenie do wniosku, iż w tym konkretnym przypadku Odwołujący mógł, a nawet byli zobowiązany przedłożyć zamiast zaświadczenia z francuskiego rejestru Casier Juridiciaire National, oświadczenie Pana Henriego Proglia złożone przed notariuszem w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania wskazał też na wady w innych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odnosnie wniosku Amec:

Amec załączył do wniosku dokument ubezpieczenia, z którego wynika, iż ubezpieczonym jest spółka Amec pic oraz/lub dodatkowe spółki. Podmiotem ubezpieczonym w żadnym wypadku nie jest więc AMEC Nuclear Ltd. tj. wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Anicc załączył do wniosku oświadczenie spółki, zgodnie z którym spółka nie posiada zaległości w placeniu podatków, uiszczaniu opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani składek na ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu artykułu 24 ustępow 1 paragraf 3 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych". Podkreślił, iż w kraju w którym Amec ma siedzibę tj. Wielkiej Brytanii, zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (National Insurance) stosownie do przepisów ustawy o składkach na ubezpieczenie społeczne i świadczeniach z 1992 r., wydaje IIM Revenue & Customs - Urząd Podatkowy". Zgodnie zaś z treścią ogłoszenia o zamówieniu, jak również przepisem § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, przedłożenie oświadczenia złożonego przed notariuszem jest dopuszczalne dopiero wówczas, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów urzędowych potwierdzających brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Amec załączył na stronie 24 i 25 wniosku „ustawowe oświadczenie" w którego treści oświadcza, iż nie jest w stanie likwidacji lub nie ogłoszono wobec niego upadłości, nie został orzeczony wobec niego zakaz ubiegania się o zamówienia, a także, iż Spółka i Członkowie Zarządu ją reprezentujący (Zarząd w osobach: Kevin Smith, Clive White i Ian Clarkson) nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem w rozumieniu artykułu 24 ustępow I punkt 4-8 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z 29 stycznia 2004 roku". Odwołujący zarzucił, iż / tłumaczenia oryginału oświadczenia złożonego w języku angielskim nie wynika w sposób jednoznaczny, iż oświadczenie to zostało złożone przed notariuszem, bowiem część tekstu nie została przetłumaczona.

W konsekwencji Amec nie wykazał, zdaniem Odwołującego, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 2, 3 i 8 ustawy Pzp. a także nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w' części II 1.2.2) pkt. 1.C oraz części II 1.2.3) lit. A i 13 ogłoszenia, a zatem podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosnie Konsorcjum Scott Wilson

Konsorcjum Scott Wilson zdaniem Odwołującego złożyło jedno oświadczenie sporządzone na Wzorzec nr 1 w imieniu całego Konsorcjum, a nie dwa odrębne oświadczenia

pochodzące od każdego z jego członków'. Członkowie Konsorcjum Scott Wilson nie wykazali zatem skutecznie, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 - 9 ustawy Pzp. Wniosek tego Konsorcjum jest niezgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu. W celu potwierdzenia, iż Konsorcjum Scott Wilson posiada wymagane ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Konsorcjum Scott Wilson złożyło polisę obejmującą swym zakresem, jako podmiot ubezpieczony. Scott Wilson Group Pic wraz ze spółkami zależnymi i stowarzyszonymi. Taki sposób sformułowania w/w polisy, ze względu na wielość podmiotów wchodzących w skład w/w grupy, uniemożliwia zweryfikowanie jaki konkretnie zakres ochrony ubezpieczeniowej dostępny jest spółce Scott Wilson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a tym samym Konsorcjum Scott Wilson. W konsekwencji nie jest możliwe jego zdaniem uznanie, iż Konsorcjum Scott Wilson dysponuje wymaganą ochroną ubezpieczeniową w kwocie co najmniej 20.000.000.00 PLN. Konsorcjum Scott Wilson nie wykazało zdaniem Odwołującego, iż spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i rozporządzeniu w sprawie dokumentów-. Ponadto, Konsorcjum Scott Wilson nie spełnia Warunku Bezstronności, o którym mowa w części 11 1.2.3) pkt. I lit. C' ogłoszenia o zamówieniu

Odnosnie Konsorcjum Worley

Konsorcjum Worley nie złożyło aktualnych odpisów z właściwych rejestrów dotyczących swych członków posiadających siedzibę na terytorium USA. W dniu 12 kwietnia 2011 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum Worley do wyjaśnienia kto jest uprawniony do reprezentowania Worley Parsons International Inc. z siedzibą w USA i Worley Parsons Group Inc. z siedzibą w USA. jaki jest sposób reprezentacji i jaki jest skład organów obu w/w podmiotów oraz do złożenia dokumentów', z których powyższe informacje wynikają. Ponadto Zamawiający wezwał Konsorcjum Worley do przedłożenia dokumentów, z których wynika, że p. Steven Davis jest prawidłowo umocowany do reprezentowania obu w-w podmiotów (pkt 1 wezwania). W odpowiedzi na w/w wezwanie. Konsorcjum Worley złożyło jedynie oświadczenia dotyczące (i) zasad reprezentacji każdej ze spółek z siedzibą w USA wchodzących w jego skład, (ii) uprawnień do ich reprezentacji przez p. Stevena Davisa oraz (iii) listy członków zarządów oraz pracowników uprawnionych do ich reprezentacji. Dokument ten sporządzono w formie oświadczenia złożonego przez notariuszem. Nie złożono natomiast jakiegokolwiek dokumentów' potwierdzających treść tego oświadczenia. Konsorcjum Worley nie wykonało zatem w całości wspomnianego powyżej pkt. 1 wezwania Zamawiającego. W treści wezwania z dnia 12 kwietnia 2011 roku. Zamawiający wezwał także Konsorcjum do dostarczenia tłumaczenia oświadczenia notariusza złożonego na stronie 104 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż ten fragment nie został złożony w' języku polskim. W odpowiedzi na w/w wezwanie Konsorcjum złożyło jedynie wyjaśnienie dotyczące treści w/w- oświadczenia notariusza, nie złożono natomiast żadanego, dokładnego tłumaczenia całości w/w oświadczenia. Tłumaczenie powinno obejmować całą treść dokumentu składanego przez wykonawcę w języku obcym, a nie wyłącznie wybrane jego elementy. Konsorcjum Worley nie wykonało zatem wspomnianego powyżej pkt 6 wezwania Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Worley nie wykazało również spełniania przez jednego ze swych członków - Worley Parsons Group Inc., warunku braku zaległości podatkowych.

Odnosnie Konsorcjum Mott MacDonald:

W dniu 12 kwietnia 2011 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum Mott MacDonald do złożenia stosownych dokumentów stwierdzając, iż z przedłożonego dokumentu rejestrowego nie wynika, że wobec wykonawcy nie otwarto upadłości, ani nie ogłoszono likwidacji. Ponadto we wniosku brak było również stosownego oświadczenia w przedmiotowym zakresie. W odpowiedzi na w/w wezwanie Konsorcjum Mott MacDonald przedłożyło oświadczenie AF - Colenco Ltd z dnia 18 kwietnia 2011 roku potwierdzające, iż wobec tego podmiotu nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości. Dokument ten sporządzono w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem, w angielskiej i polskiej wersji językowej. Nie przetłumaczono natomiast na język polski oświadczenia notariusza znajdującego się na drugiej stronie tego dokumentu, co jak już wykazano wcześniej stanowi wadę dyskwalifikującą złożone oświadczenie. Złożenie dokumentu w opisanej powyżej formie, uznać należy za niezgodne z § 6 ust. -1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W

konsekwencji, Konsorcjum Mott MacDonald nie złożyło w/w dokumentu w formie dopuszczonej przez przepisy prawa i ogłoszenie o zamówieniu, a tym samym nie wykazało spełniania przez jednego ze swych członków - AF -Colenco Ltd. warunku braku otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości wobec lego podmiotu.

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, 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 tego przepisu, zastępuje się 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. Konsorcjum Mott MacDonald złożyło oświadczenia p. Jonasa Wistroma i p. Auranne Eero potwierdzające, iż osoby te nie zostały skazane za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp (karta 67 i 68). Zgodnie z zamieszczonymi na tych oświadczeniach adnotacjami, zostały one jednak złożone nie w obecności notariusza, a przez telefon. Oświadczenia te w ocenie Odwołującego nie spełniają wymagań wynikających z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Skoro więc oświadczenia te nie spełniają wymogów stawianych przez § 4 ust. 3 Rozporządzenia, to należy zauważyć, iż Konsorcjum Mott MacDonald także w omówionym powyżej zakresie nie wykazało braku podstaw do wykluczenia na podstawie w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. a zatem, nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powszechnie przyjmuje się, iż oświadczenie wspomniane powyżej musi pochodzić bezpośrednio od zainteresowanej osoby fizycznej, a nie od osoby prawnej będącej wykonawcą. Tymczasem Konsorcjum Mott MacDonald złożyło oświadczenie notarialne pochodzące od spółki Mott MacDonald Limited potwierdzające, iż członkowie jej zarządu nie dopuścili się popełnienia przestępstw opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 PZP. Oświadczenie to nie spełnia zatem wymogów stawianych przez § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie pochodzi bowiem od podmiotu uprawnionego do jego złożenia.

Odwołujący zarzucił też niezgodne z przepisami ustawy Pzp zaniechanie odtajnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazał, że w dniu 15 czerwca 2011 r. Zamawiający udostępnił Odwołującym protokół postępowania oraz wnioski Amec, Exelon, Konsorcjum Mott MacDonald, Konsorcjum Scott Wilson i Konsorcjum Worley. Jednakże odmówił Odwołującym udostępnienia części informacji oraz części wniosków:

Powołując się na orzecznictwo KIO i art. 111 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał na niezbędne elementy tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, iż zarówno w przypadku informacji zastrzeżonych we wniosku Amec, jak i Konsorcjum Scott Wilson, odnoszą się one do usług dotyczących przedsięwzięć z zakresu energetyki jądrowej. Rynek usług na rynku energetyki jądrowej, z uwagi na małą liczbę przeprowadzonych inwestycji oraz wąską grupę wyspecjalizowanych doradców (właściwie ograniczającą się do wykonawców, którzy złożyli wnioski w niniejszym Postępowaniu), sprawia, że wszystkie informacje co do istotnych usług (a tylko takie mogły zostać wskazane w zakresie części 111.2.3) lit. B ogłoszenia) świadczonych przez doradców technicznych, są dostępne publicznie. W konsekwencji, żadna z usług zawartych w wykazach przedłożonych przez Amec i Konsorcjum Scott Wilson nie może zostać postrzegana w kategoriach tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na powszechną wiedzę dotyczącą jej odbiorców i zakresu świadczenia. Ponadto podniósł, iż Konsorcjum Scott Wilson nieskutecznie dokonało zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku - zastrzeżenie informacji jako tajnych znajdujące się na stronie tytułowej wniosku zostało dokonane w języku angielskim.

W konsekwencji, Zamawiający - zdaniem Odwołującego - winien był ujawnić Odwołującemu całość wykazu usług oraz te części wykazu osób, które umożliwiają

Odwołującemu weryfikację spełniania przez Amec warunków udziału w postępowaniu (opisu doświadczenia i kwalifikacji), przy jednoczesnym nieujawnianiu danych wrażliwych tj. danych osobowych personelu wykonawców. W przypadku wniosku Konsorcjum Scott Wilson, z uwagi na wadliwe dokonanie zastrzeżenia informacji przez tego wykonawcę. Zamawiający winien był ujawnić Odwołującemu całość wniosku. Także w przypadku Konsorcjum Mott MacDonald, Zamawiający nie był uprawniony do utajnienia pytań 2-15

wezwania do uzupełnienia. Nie ujawniając bezpodstawnie zastrzeżonych przez Amec i Konsorcjum Scott Wilson informacji. Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp,

W dniu 24 czerwca 2011 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2011 r. zostały zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystąpienia te złożyli następujący wykonawcy:

- Konsorcjum firm w składzie: WorleyParsons Nuclear Services JSC z siedzibą w Bułgarii, WorleyParsons International Inc z siedzibą w USA i WorleyParsons Group Inc z siedzibą w USA (Konsorcjum Worley),
- Konsorcjum firm w składzie: Scott Wilson Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i Tractebel Engineering SA z siedzibą w Brukseli (dalej: Konsorcjum Scott Wilson),
- Amec Nuclear UK Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii (Amec).
- Exelon Generation Company, z siedzibą w USA (Exelon),
- Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited, z siedzibą w Wielkiej Brytanii, w imieniu i na rzecz której w Polsce działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie i AF-Colenco Limited z siedzibą w Szwajcarii (Konsorcjum Mott MacDonald).

Zamawiający z zarzutami odwołania nie zgodził się, wnosząc o jego oddalenie. Wniósł też na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania zgodnie z przepisami, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Podniósł, iż nietrafne i nieuzasadnione są zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia innych wykonawców, dokumentów- potwierdzających fakt niekaralności członków organu zarządzającego Electricite de France SA oraz zaniechania ujawnienia informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający formułując warunek bezstronności posłużył się sformułowaniem znany z ustawy. Warunek bezstronności podmiotu będącego inżynierem konsultantem jest powszechnie przyjętym standardem rynkowym. Nacisk położony jest na obowiązek ujawnienia wszelkich okoliczności mogących rzutować na bezstronności inżyniera konsultanta. W odniesieniu do podmiotu, który ma doradzać w wyborze wykonawcy, zgodnie z prawem zamówień publicznych kryteria bezstronności muszą być spełnione i nie mogą zachodzić żadne wątpliwości co do rzetelności dokonywanej przez niego oceny i proponowanych kryteriów w wyborze wykonawców.

Konsorcjum Bechtel nie ujawniło szeregu powiązań EDF i AREVA w oświadczeniu złożonym w toku postępowania. Jednocześnie konsorcjum Bechtel zarówno we wniosku z dnia 17 marca 2011 r., jak i w piśmie z dnia 8 czerwca 2011 r. samo przyznało istnienie wątpliwości co do bezstronności EDI oraz przyznało współzależność istniejącą pomiędzy EDF a AREVA. Ocenie powinna podlegać całość relacji między EDF i AREVA. EDF i AREVA mają tego samego właściciela, którym jest państwo francuskie. Właściciel ten wprost zaleca EDF : AREVA współpracę. Członkowie Rady Administrującej EDF zasiadają w radzie nadzorczej AREVA. Obie spółki są współwłaścicielami w firmach związanych z energią jądrową, oraz wspólnie założyły i zarządzają stowarzyszeniem AFCEN, które ustala standardy dla projektów energetyki jądrowej we Francji. I DE i AREVA same definiują wzajemną relację jako współzależność. EDI i AREVA rozwijają wspólnie technologię EPR i promują ją jako jedyną przy wszelkich nowo realizowanych projektach, w tym w Polsce. EDF i AREVA nie realizują nowych projektów opartych o technologie innych dostawców.

W przypadku pozostałych uczestników nie można wykazać wyłącznej, strategicznej współpracy z jednym dostawcą technologii reaktora jądrowego.

Zarzuty Odwołującego dotyczące zaniechania wykluczenia 4 wykonawców, których Zamawiający zakwalifikował do udziału w dalszych etapach postępowania wynikają w dużej

mierze z faktu nierzetelnej analizy obszernej dokumentacji postępowania. Zamawiający dokonał badania wniosków w sposób staranny, zgodny z obowiązującym prawem oraz orzecznictwem, uwzględniając zasadę równego traktowania wykonawców:

Konsorcjum Scott Wilson w zgłoszeniu przystąpienia wniosł o oddalenie odwołania co do zarzutów: (1) bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, (2) bezpodstawnego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania oraz bezpodstawnego zaproszenia do dalszego udziału w postępowaniu Konsorcjum Scott Wilson oraz (3) zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Scott Wilson jako tajemnica przedsiębiorstwa. W toku rozprawy Przystępujący wskazywał także na niezasadność wskazanych zarzutów odwołania.

Amec w zgłoszeniu przystąpienia wniosł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Przystępujący wskazywał m.in. na to, że przedłożony we wniosku Amec dokument dotyczący ubezpieczenia jest jedynym tego rodzaju dokumentem, który można było uzyskać w kraju jego wystawienia, który potwierdza ubezpieczenie wykonawcy

Exelon w zgłoszeniu przystąpienia wniosł o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał na niezasadność zarzutu nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego w związku z oceną warunku bezstronności. Podkreślił, że do swojego wniosku załączył wymagane oświadczenie o bezstronności - zgodnie z wymogami Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący opatrzył swoje oświadczenie dodatkowym zastrzeżeniem, co wymagało ze strony Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień właśnie od Odwołującego. Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły natomiast, że Odwołujący pozostaje z dostawcą technologii reaktora jądrowego - tj. spółką Areva - w takim stosunku prawnym faktycznym, który budzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tego wykonawcy, co słusznie - w ocenie Exelon - skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Wykazywane przez Odwołującego prawne i faktyczne relacje pomiędzy Exelon a firmą QE i firmą Wetinhouse, które to firmy zajmują się dostarczaniem technologii reaktora jądrowego nie wpływają w żaden sposób - zdaniem Exelon na bezstronność Przystępującego. Potwierdził, że nie pozostaje z tymi wykonawcami w takim stosunku, który mógłby budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

Konsorcjum Mott MacDonald w zgłoszeniu przystąpienia wniosł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu i dotyczących wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego i Przystępującego Konsorcjum Mott MacDonald. Wskazał, że w dokumentach faktycznie nie przetłumaczono klauzuli apostille, nie jest to jednak merytoryczne oświadczenie. Podkreślił także, że na str. 40 wniosku zamieszczono podobnej treści oświadczenie, które ma ten sam sens i zostało przetłumaczone łącznie z klauzulą w całości.

Odnosząc się do zarzutu związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa wskazał, iż w toku postępowania Zamawiający odtajnił część zastrzeżonych przez Konsorcjum Mott MacDonald dokumentów, pozostałe zaś nadal stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i są to dokumenty, które nie były wymagane przez zamawiającego we wniosku o ogłoszeniu o zamówieniu jako zawierające wytwór intelektualny. Wskazał również, iż we wniosku konsorcjum na str. 55-60 załączono oświadczenia o niekaralności, złożone przez każdą z osób niezależnie od oświadczeń osób upoważnionych do reprezentacji spółki złożonych na str. 68-73 wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 5 lipca 2011 r. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu PGE EJ 1 Sp. z o.o. unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w tym w ramach tej czynności dokonanie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców: Konsorcjum firm w składzie: WorleyParsons Nuclear Services JSC z siedzibą w Bułgarii, WorleyParsons International Inc z siedzibą w USA i WoreyParsons Group Inc z siedzibą w USA oraz

Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald z siedzibą w Wielkiej Brytanii, w imieniu i na rzecz której w Polsce działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie i AF-Colenco Limited z siedzibą w Szwajcarii oraz dokonanie czynności wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy¹ Prawo zamówień publicznych wykonawcy Amec Nuclear UK Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii.

Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że czterech z pięciu wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dopełniło wszystkich wymogów formalnych, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uzyskując status uczestników niniejszego postępowania odwoławczego.

Co do zgłoszenia przystąpienia przez Konsorcjum Worley Izba uznała, że dwa zgłoszenia dokonane przez tego wykonawcę nie spełniają wymogów formalnoprawnych wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Uwzględniając akta sprawy² odwoławczej Izba stwierdziła, że Konsorcjum Worley w dniu 24 czerwca 2011 r. złożyło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa przystąpienia: pierwsze złożone mailem na adres: odwoł i drugie złożone bezpośrednio w kancelarii Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpienie składa się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie też - zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie (regulaminu postępowania przy rozpoznaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wnoszone drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie mogła uznać za skuteczne złożenie korespondencji mailowej, do której załączono plik zawierający treść zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jednak plik ten nie został podpisany bezpiecznym kwalifikowanym i certyfikowanym podpisem elektronicznym. Powyższe wynikało także z tej okoliczności, że plik zawierający zgłoszenie przystąpienia został przesłany zwyczajną pocztą mailową na jeden z kilkudziesięciu adresów mailowych należących do Urzędu Zamówień Publicznych, zamiast przy użyciu elektronicznej 'skrzynki podawczej, która technicznie wymaga opatrzenia korespondencji wskazanym podpisem, dokonując jednocześnie jego automatycznej weryfikacji. Izba nie mogła także uznać za prawidłowe zgłoszenie przystąpienia dokonane w sposób bezpośredni do kancelarii Urzędu Zamówień Publicznych, obsługującej także Krajową Izbę Odwoławczą. Izba stwierdziła bowiem, że to zgłoszenie przystąpienia nie wypełniało formy pisemnej, o której mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i która to forma warunkuje prawidłowość dokonanego zgłoszenia przystąpienia. Izba stwierdziła bowiem, że podpis, znajdujący się pod tym przystąpieniem stanowi jedynie faksymile podpisu, zamiast odręcznego podpisu osoby uprawnionej do działania w imieniu Konsorcjum Worley. forma pisemna, o której mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp to nic innego jak dokument zawierający określonej treści oświadczenie woli i własnoręczny podpis (tak: art. 78 § 1 kc). Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego (post. SN z 17 kwietnia 1967 r. faksymile podpisu nie może być uznana za podpis, o którym mowa w art. 78 § 1 kc, faksymile nie może go zatem zastępować. Tym samym leż użycie przez wykonawcę tego sposobu sygnowania określonego pisma, dla którego ważności wymagana jest ustawowo forma pisemna dyskwalifikuje określonego rodzaju działania podejmowane przez wykonawcę w postępowaniu odwoławczym w ten sposób.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a także zaniechania wykluczenia innych wykonawców składających w tym postępowaniu swoje wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Gdyby nie owe czynności Zamawiającego, zakwestionowane przez Odwołującego, wykonawca ten miałby szansę na

uzyskanie przedmiotowego zamówienia, jako podmiot zaproszony do złożenia oferty

wstępnej w postępowaniu, a w związku z tym w przyszłości składający swoją właściwą ofertę w tym postępowaniu. Tym samym przez Odwołującego, zdaniem Izby, został wykazany uszczerbek w jego interesie, polegający na pozbawieniu go szans na uzyskanie zamówienia i możliwość wyrządzenia w tym zakresie Odwołującemu szkody w drodze czynności Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za zasadne, uznając, jednocześnie, że tylko niektóre z zarzutów odwołania znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku bezstronności oraz podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji oraz nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego Izba ustaliła, że: Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III pkt 2.3) ppkt C) dokonał opisu warunku bezstronności w następujący sposób: wykonawca wykaże, że: nie prowadzi oraz w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków' o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, to w tym krótszym okresie nie prowadził działalności, która uniemożliwiałaby należytą ochronę interesów Zamawiającego przy realizacji przedmiotu zamówienia, bądź prowadziłaby do konfliktu interesów z interesami Zamawiającego oraz, nie pozostaje oraz w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, to w tym krótszym okresie nie pozostawał z potencjalnymi dostawcami technologii reaktora jądrowego w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógłby budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności, w szczególności nie jest powiązany kapitałowo z żadnym z potencjalnych dostawców technologii reaktora jądrowego. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający żądał złożenia przez wykonawców' oświadczenia, przygotowując w tym celu także wzór takiego oświadczenia, który można było pozyskać u Zamawiającego (Wzór nr 6). W treści wskazanego oświadczenia znalazł się wymóg, aby w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie takie złożył każdy z wykonawców oddzielnie.

Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamieścił na wymagany formularzu (wzorzec) trzy oświadczenia o bezstronności złożone odrębnie przez każdego z trzech członków konsorcjum Bechtel. W treści tego oświadczenia złożonego przez jednego z konsorcjantów - firmę EDF S.A. z siedzibą w Paryżu we Francji - dodatkowo znalazł się przypis o treści: „Egzemplifikacja warunku postawionego przez Zamawiającego w pkt III. 2.3) pkt I C) tiret drugie ogłoszenia o zamówieniu, nie stanowi warunku samego w sobie. Powiązania kapitałowe Wykonawcy z potencjalnymi dostawcami technologii reaktora jądrowego, badań należ)' wyłącznie w ramach zakresu i celu postawionego warunku, tj. neutralności Wykonawcy. Samo wystąpienie powiązań kapitałowych nie oznacza braku jego bezstronności / neutralności. EDI- ' S.A. spełnia ten warunek, mimo iż posiada 2,5% akcji spółki Areva. Tenże udział kapitałowy nie stwarza ani dla EDF S.A., ani dla spółki Areva możliwości wzajemnego oddziaływania na działalność obu spółek, ani też na ich procesy decyzyjne. W szczególności, EDE S.A. nie ma wpływu na skład organów zarządzających Areva i vice-versa. W konsekwencji: bezstronność EDE nie może być poddawana pod wątpliwość w rezultacie posiadania przez EDE nieistotnego udziału kapitałowego w spółce Arcva. W treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący odnosił się także do kwestii związanej ze spełnieniem warunku bezstronności.

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym co do kwestii związanej ze spełnieniem warunku bezstronności. W piśmie z dnia 21 kwietnia 2011 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień. W pismach z dnia 6 czerwca 2011 r. oraz z dnia 9 czerwca 2011 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Odwołujący w pismach z dnia 8 i 10 czerwca 2011 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunku bezstronności. Zamawiający w tym zakresie nie występował do pozostałych wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienie.

Zamawiający w piśmie z dnia 10 czerwca 2011 r. poinformował wykonawców' o

wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując m.in. na wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku bezstronności oraz z powodu nie wykazania spełniania warunku bezstronności (art 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp). Biorąc pod uwagę powyższe Izba w pierwszej kolejności uznała, że Odwołujący nie udowodnił spełniania określonego przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu warunku bezstronności, tym samym zarzut nieuprawnionego wykluczenia go z postępowania z tego powodu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba uznała, że Zamawiający miał prawo i obowiązek wykluczyć Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niespełnienia przez niego warunku bezstronności. Stosownie do wskazanej regulacji Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten nakłada zatem na wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ciężar wykazania przez nich spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu - tych określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, co do których Zamawiający formułuje ich szczegółowy opis w trybie negocjacji z ogłoszeniem w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i tych, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca czyni to w drodze wszystkich dostępnych mu możliwości przewidzianych prawem, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ewentualnie - jako wyjątek od zasady - w trybie uzupełnienia dokumentów' na wezwanie zamawiającego (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał w dostateczny sposób, tj. na podstawie dokumentów i oświadczeń składanych tak we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i w wyniku wyjaśnień dokumentów i ich uzupełniania.

Treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz, udzielonych w tym zakresie przez Odwołującego wyjaśnień pozwala na wyraźne określenie stanowiska Odwołującego, który' z jednej strony wyraźnie wskazuje na wymaganą w wyżej wskazanym warunku bezstronności niezależność (neutralność) dwóch podmiotów-- tworzących konsorcjum Odwołującego (dwie firmy Bechtel), z drugiej zaś strony także wyraźnie poddaje w wątpliwość bezstronność trzeciego z konsorcjantów. tj. firmy EDF S.A. Argumentacja jaką przyjął Odwołujący w treści odwołania i w toku rozprawy, że określonego rodzaju powiązania pomiędzy firmą EDF S.A., a firmą Areva nie mają znaczenia dla spełniania warunku bezstronności, przeczy - zdaniem Izby - stanowisku Odwołującego wyrażonemu w toku postępowania o zamówienie publiczne Zamawiającemu, poprzez składanie w tym zakresie wiążących oświadczeń wiedzy i woli. Z tych też względów zarzut dotyczący niewykazania przez Odwołującego i tym samym niespełnienia przez niego warunku bezstronności nie potwierdził się.

Izba w tym zakresie, nakazując Zamawiającemu w sentencji niniejszego orzeczenia ponowne dokonanie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznając, że Zamawiający prawidłowo i skutecznie dokonał w loku postępowania czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Izba w drugiej kolejności uznała, że nie potwierdził się także zarzut nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie oceny spełniania warunku bezstronności, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą tego zarzutu odwołania z jednej strony była kwestia skierowania wyłącznie do Odwołującego wezwania do składania odrębnych, dodatkowych co do złożonego oświadczenia o bezstronności wyjaśnień, z drugiej zaś strony zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Scott Wilson z powodu określonych zależności wskazujących na niezachowanie warunku bezstronności przez tego wykonawcę.

Co do pierwszej kwestii Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, kierując wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku bezstronności wyłącznie do Odwołującego. Podstawą takiego wezwania do złożenia wyjaśnień stanowiła sama treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w której Odwołujący samodzielnie wskazał na wątpliwości w tym zakresie odnoszące się do spółki EDI- S.A. W pozostałych złożonych w postępowaniu wnioskach takie wątpliwości nie zostały stwierdzone.

Co drugiej kwestii związanej z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum Scott Wilson Izba także nie stwierdziła w działaniach Zamawiającego naruszenia zasad równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Odwołujący wykazywał, że Konsorcjum Scott Wilson ma istotne związki z firmą Areva, poprzez powiązania personalne pomiędzy tym podmiotem, a koncernem Areva. Te wykazywane przez Odwołującego powiązania personalne, jak i innego rodzaju rzekome powiązania związane z posiadaniem 1,2% udziałów w GDF Suez przez Areva i współpracy Areva z Tractebel Engineering S.A. w zakresie inwestycji paliwowych i energetycznych Belgii nie stanowią - w ocenie Izby - podstawy do uznania, że Konsorcjum Scott Wilson nie spełnia warunku bezstronności, jak też, że doszło w postępowaniu do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wykazane przez Odwołującego powiązania Konsorcjum Scott Wilson poprzez jednego z członków tego Konsorcjum (Tractebel Engineering S.A.) z koncernem Areva nie są w żadnym wypadku analogiczne, czy nawet zbliżone z wykazywanymi powiązaniami konsorcjanta Odwołującego (EDF S.A.) z koncernem Areva. Najistotniejsza różnica w tym zakresie, na którą należy zwrócić uwagę, to okoliczność braku bezpośrednich powiązań z koncernem Areva konsorcjanta Konsorcjum Scott Wilson. Odwołujący powoływał się na powiązania z Areva Tractebel Engineering S.A. poprzez firmę GDF SUEZ S.A. Tymczasem pomiędzy Tractebel Engineering S.A., a GDF SUEZ S.A. nie wykazano bezpośredniego powiązania - powiązanie to dotyczy innego podmiotu GDF SUEZ E.S. S.A.

Co do kwestii innego rodzaju powiązań związanych z posiadaniem udziałów przez Arcva na poziomie 1,2% w GDF Suez S.A., czy też współpracy Tractebel Engineering S.A. i Areva w zakresie inwestycji paliwowych i energetycznych w Belgii Izba także nie stwierdziła, aby powyższe skutkowało uznaniem, że Konsorcjum Scott Wilson nie spełnia warunku bezstronności.

Dowody przedstawione przez Odwołującego na potwierdzenie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum Scott Wilson nie były dla Izby wystarczające do uwzględnienia zasadności podnoszonego zarzutu. Odwołujący przedłożył sporządzone przez siebie zestawienie tabelaryczne co do wskazanych powiązań Tractebel Engineering S.A., co może być traktowane jedynie jako twierdzenia strony w tym przedmiocie.

Izba nie stwierdziła, aby istniały podstawy do uznania, że także Konsorcjum Worley nie spełnia warunku bezstronności. Wykazane zaś przez Odwołującego powiązania mają zupełnie inny charakter niż wskazane powiązania występujące pomiędzy dostawcą technologii jądrowej - Areva, a EDE S.A. konsorcjantem Odwołującego.

Izba w trzeciej kolejności uznała, że zarzut odwołania podania nieprawdziwych informacji we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Odwołującego w zakresie spełniania warunku bezstronności zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że co do złożonego przez Odwołującego oświadczenia o bezstronności podał on nieprawdziwe informacje skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba uznała, że nie mamy do czynienia z podaniem nieprawdziwych informacji i wskazanie przez Zamawiającego podstawy prawnej do wykluczenia Odwołującego z postępowania - tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - było działaniem nadmiernym. Wystarczającym w tej mierze jest uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z powodu niewykazania Zamawiającemu spełniania warunku bezstronności, zaś o podaniu nieprawdziwych informacji nie możemy mówić. W ocenie Izby niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie powinno być - jak w niniejszej sprawie - traktowane jako równoznaczne z podaniem nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. W tym zakresie, jak wskazano, wchodziła w

grę inna ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunku bezstronności) dokonana przez Odwołującego, który uznał, że wystarczającym w tym zakresie będzie spełnianie wymogu niezależności przez dwóch z trzech konsorcjantów wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz ocena dokonana przez Zamawiającego, którą to ocenę w efekcie - jak wskazano powyżej - Izba oceniła jako prawidłową.

Stwierdzone w tym zakresie przez Izbę naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ma jednak wpływu na wynik postępowania bowiem - jak stwierdzono - Odwołujący został

prawidłowo wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku bezstronności, a także - o czym mowa poniżej - warunku niekaralności, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Tym samym stwierdzenie powyższego naruszenia przez Zamawiającego nie stanowiło podstawy uwzględnienia odwołania - stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, odnoszącym się do niekaralności osób, który został uregulowany w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Izba uznała, przywołany przez Odwołującego zarzut bezpodstawnego wykluczenia go z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania oficjalnym dokumentem, wystawianym we Francji odnośnie niekaralności Pana Henri Proglio - członka Rady Administracyjnej oraz dyrektora zarządzającego EDF S.A. nie zasługuje na uwzględnienie. Izba, rozpoznając wskazany zarzut, dodatkowo dokonała także weryfikacji danych j zawartych na oficjalnej stronie Komisji Europejskiej co do dokumentów wystawianych we Francji co do niekaralności osób fizycznych na potrzeby zamówień publicznych. Ustalenia te wskazują także na wystawianie oficjalnego urzędowego zaświadczenia na potwierdzenie wskazanych okoliczności.

Izba, podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego spełniania warunku bezstronności przez Odwołującego, nie nakazywała Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznając tę czynność Zamawiającego za prawidłową.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Amec Izba uznała, że jeden z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów zasługuje na uwzględnienie, tj. zarzut dotyczący oświadczenia o niekaralności członków organu zarządzającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. a mianowicie, iż oświadczenia takie powinny złożyć osoby fizyczne będące członkami zarządu, a nie sama spółka. Izba ustaliła w tym zakresie, że na str. 24-25 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Amec zostało załączone oświadczenie z dnia 10 marca 2011 r. złożone przed notariuszem przez pana Kevina Smith - Dyrektora Generalnego Amec, działającego na podstawie upoważnienia udzielonego mu przez członków zarządu. Izba uznała, że oświadczenie składane przed notariuszem o niekaralności członków zarządu powinno zostać złożone osobiście przez każdego z tych członków zarządu. W ocenie Izby brak jest podstaw - w oparciu o obowiązujące przepisy - do składania takiego oświadczenia przed notariuszem w czyimś imieniu. Tylko i wyłącznie oświadczenie o niekaralności złożone przez samą osobę, której ono dotyczy, będzie wiarygodnym dokumentem potwierdzającym niekaralność tej osoby, zgodnie z wymogami wskazanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, podmiotu, czy też osoby, ma dotyczyć.

Z tych też względów Izba uznała, że złożone przez osobę upoważnioną do reprezentacji spółki Amec oświadczenie odnośnie niekaralności w imieniu i na rzecz pozostałych członków zarządu nie jest wystarczające, gdyż nie potwierdza okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Za wiarygodne w tym zakresie można jedynie uznać wskazane oświadczenie wyłącznie w odniesieniu do osoby Pana Kevina Smith, który to oświadczenie składał. Co do pozostałych osób: Clive White i Iain Clarkson, wskazane oświadczenie z dnia 10 marca 2011 r. nie jest wystarczające.

Izba jednocześnie nie stwierdziła, aby Zamawiający w tym zakresie wzywał Amec do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. stąd też Izba nakazała Zamawiającemu w ramach ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu skierowanie do Amec wezwania do uzupełnienia tych dokumentów.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołującego dotyczących Amec Izba uznała ich niezasadność.

Izba oddaliła także zarzut dotyczący braku tłumaczenia oświadczenia złożonego przez Amec przed notariuszem. Izba ustaliła, że na str. 24-25 wniosku Amec znajduje się kwestionowane oświadczenie złożone przed notariuszem - w języku angielskim i jego tłumaczenie na język polski. W przedłożonym tłumaczeniu brak jest tłumaczenia pieczęci notariusza o treści w wersji anglojęzycznej: Justin S. Kelly, Solicitor & Notary Public, Butcher & Barlow, Solicitors, 205 Moss Lane, Bramhall SK7 1BA, DX 25102 Bramhair. Izba uznała, że brak tłumaczenia pieczęci z danymi adresowymi notariusza, znajdującej się na dokumencie nie może dyskwalifikować prawidłowości tego dokumentu. Stwierdzić bowiem należało, że nawet gdyby owo tłumaczenie znalazło się formalnie we wniosku Amec nie wyglądałoby literalnie odmiennie niż oryginalne zapisy na oryginalnym dokumencie załączonym do wniosku. Brak tłumaczenie nie dotyczy takiego istotnego elementu oświadczenia składanego przed notariuszem jak klauzula apostille.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum Scott Wilson Izba uznała, że żaden z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu złożenia jednego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawców (co do okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) Izba ustaliła, że we wniosku Konsorcjum Scott Wilson na str. 97-98 znajdują się dwa oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia składane na stworzonym przez Zamawiającego Wzorzec Nr 1 do ogłoszenia o zamówieniu. Jedno oświadczenie zostało złożone w dniu 16 marca 2011 r. w Warszawie i - jak wynika z podpisu pod tym oświadczeniem - przez osobę działającą w imieniu wykonawcy Scott Wilson (P. Małgorzata Skoczyła - prokurent). Drugie oświadczenie zostało podpisane w dniu 10 marca 2011 r. w Brukseli przez osoby upoważnione do reprezentacji wykonawcy Tractebel Engineering S.A. (Wiceprezesi: H. Dirix i Ch. Pierlot). Powyższe - w ocenie Izby - wypełnia wymogi przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, a także wymóg Zamawiającego zawarty w treści ogłoszenia o zamówieniu o konieczności złożenia takiego oświadczenia przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Argumentacja, jaką podnosi w tym zakresie Odwołujący, że w główce tego drugiego oświadczenia wskazano oprócz Tractebel Engineering S.A. także Scott Wilson Sp. z o.o., co jego zdaniem świadczy o tym, że to oświadczenie zostało złożone przez całe Konsorcjum, a nie jednego z wykonawców wchodzących w jego skład, nie zasługuje w żadnej mierze na uwzględnienie. Podpisy osób upoważnionych do reprezentacji Tractebel Engineering S.A. oraz dodatkowo okoliczność, iż oświadczenie zostało złożone w Brukseli (siedziba spółki Tractebel Engineering S.A.), a nagłówek oświadczenia przy określeniu obydwu konsorcjantów wskazuje na dokładny adres siedziby Tractebel Engineering S.A. - to wszystko wyraźnie wskazuje, że oświadczenie to zostało złożone także przez Tractebel Engineering S.A.

Co do kwestii związanej z dokumentem ubezpieczenia dla Konsorcjum Scott Wilson, który - zdaniem Odwołującego - wskazując na ubezpieczenie Scott Wilson Group Pic nie potwierdza ubezpieczenia Scott Wilson Sp. z o.o., zarzut ten formalnie w toku rozprawy został przez Odwołującego wycofany, stąd leż. Izba nie zajęła się jego rozpoznaniem.

W tym zakresie Odwołujący w toku rozprawy rozszerzył także ten zarzut wskazując, że przedłożony przez Konsorcjum Scott Wilson dokument nie jest formalnie polisą ubezpieczeniową, o której mowa w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów. Izba uznała, że ten zarzut nie był formalnie podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu, zaś niedopuszczalne było rozszerzenie zarzutów w toku rozprawy. Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła jednak, że we wniosku Konsorcjum Scott Wilson (str. 278-285) znajdują się dwa dokumenty wraz z tłumaczeniami, tj. Potwierdzenie Ubezpieczenia oraz Certyfikat ubezpieczeniowy dla Scott Wilson Group Pic wraz ze spółkami zależnymi i stowarzyszonymi. Powyższe dokumenty są wystarczające dla potwierdzenia posiadania ubezpieczenia, zgodnie z wymogami rozporządzenia w sprawie dokumentów. W tym zakresie

Izba może jedynie podtrzymać swoje stanowisko wyrażone powyżej co do analogicznej kwestii rozstrzygniętej co do wniosku Amec (pkt (5) uzasadnienia).

Uwzględniając powyższe Izba nie znalazła podstaw' do wykluczenia Konsorcjum Scott Wilson z postępowania.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum Worley Izba uznała, że jeden z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów zasługuje na uwzględnienie, tj. zarzut dotyczący braku tłumaczenia całości dokumentu na język polski.

W tym zakresie Izba ustaliła, że Konsorcjum Worley na str. 104 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączyło dokument - oświadczenie Worley Parsons Nuclear Services JSC z siedzibą w Bułgarii, który nie został w całości przetłumaczony na język polski. Dokument ten został złożony w laki sposób, że zarówno oryginalna wersja językowa oświadczenia, jak i jego tłumaczenie zamieszone były w tym samym dokumencie. Pod oświadczeniem znajduje się także przetłumaczona data złożenia i podpis z pieczęcią firmy. Jednocześnie pod treścią tego oświadczenia znalazł się tekst w ramce napisany w cyrylicy, który nie został przetłumaczony na język polski. Izba ustaliła także, że Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. wezwała Konsorcjum Worley do uzupełniania tłumaczenia tego dokumentu (pkt 6 pisma - wyraźne wezwanie). Konsorcjum Worley przy piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r. uzupełniło jeszcze raz ten sam dokument oświadczenia, zaś co do tłumaczenia tego dokumentu przedłożono pismo określone jako: .. Wyjaśnienie dotyczące tekstu na dole ośw iadczeń zamieszczonych na stronie 104 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokument ten w swej treści wskazuje na to, co jest w treści tego oświadczenia, którego pełnego tłumaczenie nie przedłożono.

Izba odnosząc się do powyższych ustaleń stwierdziła, że brak tłumaczenia dokumentu dotyczył treści tego dokumenty, tj. noty notarialnej, która ma istotne znaczenie dla ważności tego dokumentu. W tym zakresie ocena tego dokumentu i tej sytuacji przez Izbę jest odmienna od oceny dokonanej w odniesieniu do dokumentu znajdującego się we wniosku Amec. IZBA jednak mieliśmy do czynienia z odmienną sytuacją bowiem w tantym dokumencie nie przetłumaczono danych osobowych i adresowych notariusza i jego kancelarii notarialnej. Tymczasem w tym przypadku, co do dokumentu zawartego we wniosku Konsorcjum Worley brakuje tłumaczenia całej noty notarialnej i nie chodzi tu wyłącznie o dane osobowe, czy adresowe notariusza. Tekst, co do którego nie przedłożono tłumaczenia odnosi się do notarialnego potwierdzenia złożenia oświadczenia przed notariuszem. Z tych też względów' te dwie podobne, ale nie analogiczne sytuacje Izba potraktowała odmiennie.

Także z tych względów Izba uznała za zasadne uwzględnienie tego zarzutu i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Worley z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wobec nieprzedłożenia - zgodnie z § 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów oaz zasady języka polskiego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy Pzp - tłumaczenia dokumentu złożonego w języku obcym.

Izba nie uznała za zasadne nakazywanie w tym zakresie wzywania Konsorcjum Worley do uzupełniania dokumentu wobec okoliczności, iż już raz w tym postępowaniu tego właśnie dokumentu (wprost tłumaczenia dokumentu) Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądał od tego wykonawcy. Z uwagi na to, że procedura żądania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od generalnej zasady przedkładania dokumentów w terminie na składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z jednolitością w tej mierze z linią orzecniczą Izby oraz sądów okręgowych, jak również stanowiskiem doktryny. Z tych też względów zasadnym jest przyjęcie jednorazowego korzystania przez Zamawiającego wobec tożsamego wykonawcy w zakresie spełniania tego samego warunku z procedury' żądania uzupełnienia dokumentów. Przeciwnie rozumienie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec potwierdzenia się jednego z trzech zarzutów,

zasadnym było nakazanie Zamawiającemu w tym zakresie w ramach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykluczenia Konsorcjum Worley.

Co do pozostałych dwóch zarzutów Izba uznała, że są one niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum Mott MacDonald Izba uznała, że jeden z podnoszonych zarzutów zasługuje na uwzględnienie, tj. zarzut dotyczący braku tłumaczenia całości dokumentu na język polski.

Co do wskazanego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. wezwał Konsorcjum Mott MacDonald do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wobec AF-Colenco Ltd - konsorcjanta Konsorcjum Mott MacDonald - nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W wyniku uzupełnienia wniosku Konsorcjum Mott MacDonald uzupełniło wskazany dokument poprzez załączenie oświadczenia złożonego przed notariuszem. Dokument ten jest dwustronicowy - na pierwszej stronie zamieszczone jest wskazane oświadczenie sformułowane w dwóch kolumnach w anglojęzycznej wersji oraz w formie tłumaczenia. Pod oświadczeniem tym znajdują się podpisy osób uprawnionych, data oraz adnotacja o złożeniu wskazanego oświadczenia przed notariuszem. Druga strona dokumentu zamiera notę notarialną sformułowaną wyłącznie w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że powyższy dokument przedłożony bez tłumaczenia jego pełnej treści nie może być uznany za prawidłowy. Argumentacja w tym względzie zamieszczona powyżej w odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprzetłumaczenia fragmentu dokumentu przez Konsorcjum Worley jest adekwatna do niniejszego zarzutu.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem odtajnienia informacji zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co do wykazu usług i dokumentów z nimi związanych, a złożonych przez Amec, Konsorcjum Scott Wilson i Konsorcjum Mott MacDonald oraz w części wezwań Zamawiającego do uzupełniania dokumentów, w tym zakresie Izba ustaliła, że faktycznie część z dokumentów zawartych w poszczególnych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została objęta przez wykonawców zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w tym zakresie podjął się przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień co do zastrzeżenia określonych informacji w ich wnioskach (pisma z dnia 12 kwietnia 2011 r.). W odpowiedzi na powyższe co do zasady wykonawcy ci podtrzymali swoje zastrzeżenia. Izba ustaliła, że przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w poszczególnych wnioskach są informacje na temat uzyskanego doświadczenia przez te firmy.

Odnosząc się do postawionych w tym zakresie przez Odwołującego zarzutów - Izba stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła, aby przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były określonego rodzaju informacje o kontraktach, które prowadzone byłyby w trybie jawnej procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów, także z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, brak było podstaw do kwestionowania dokonanego w tym zakresie zastrzeżenia przez poszczególnych wykonawców. Jednocześnie Izba stwierdziła, że zarzut ten w żaden sposób nie został uprawdopodobniony przez Odwołującego. Nie wskazano żadnych dowodów ani nawet nie wskazano żadnych argumentów, które uzasadniałyby przypuszczenie Odwołującego, że wykonawcy wprowadzając klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa wobec niektórych dokumentów zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekroczyli swoje uprawnienia. Odwołujący nie uzasadnił, że Zamawiający dopuścił się w tym względzie naruszenia jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp. Zamawiający bowiem dochował w tym zakresie należytej staranności, przeprowadzając procedurę wyjaśnienia dokonanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przez poszczególnych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze

oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp mają wpływ na wynik postępowania, ponieważ wymagają powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zmiany wyników dokonanej dotychczas przez Zamawiającego oceny tych wniosków, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Zamawiającego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w dniu 5 lipca 2011 r. zaskarżyło Konsorcjum, którego liderem jest Mott MacDonald - Limited, na podstawie art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych " w zakresie uwzględnienia przez KIO zarzutów dotyczących złożonego przez Skarżącego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu publicznym na „Świadczenie przez Doradcę Technicznego (ang. Owner's Engineer) usług doradztwa technicznego w procesie inwestycyjnym związanym z budową przez PGE EJ 1 Sp. z o.o. pierwszej polskiej elektrowni jądrowej o mocy ok. 3 000 MW" prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem przez PGE EJ 1 - dalej jako „Zamawiający", a tym samym nakazania Zamawiającemu wykluczenia Skarżącego z postępowania.

Skarżący zarzucił naruszenie przepisów' art 24 ust. 2 pkt 4 i art 9 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 4 rozporządzenie 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. Nr 226, poz. 1817) poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że Skarżący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu wobec nieprzedłożenia tłumaczenia dokumentu złożonego w języku obcym, wobec czego Skarżący podlega wykluczeniu z postępowania; a z ostrożności procesowej: naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego całkowite pominięcie, a w konsekwencji zaniechanie nakazania Zamawiającemu wezwania Skarżącego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego, że wobec AF-Colenco Ltd nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości lub wyjaśnienia treści tego dokumentu. Zarzucił również naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i wydanie wyroku, pomimo braku zaistnienia przesłanki interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia po stronie Konsorcjum firm: Bechtel Power Corporation. USA Bechtel Polska Sp. z o.o., Polska i Electricite de France SA, Francja - dalej jako Odwołujący" wobec nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą - dalej jako „KIO" zarzutów dotyczących niezasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Ponadto skarżący wskazał na naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na jego wynik, a mianowicie: art. 190 ust. 5 i 7 ustawy Pzp. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego zebranego w sprawie, sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego oraz powtórzenie w wyroku argumentacji Odwołującego i nieuwzględnienie a nawet nieustosunkowanie się do twierdzeń Skarżącego; art 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i przyjęcie na etapie orzekania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy tj. oparcie się jedynie na twierdzeniach Odwołującego z pominięciem twierdzeń i dowodów przedstawionych przez Skarżącego oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego;

Wskazując na powyższe zarzuty, na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp wnosił o: uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w którym wyrok ten uwzględnia! zarzuty Odwołującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Skarżącego, poprzez uznanie, iż czynności podjęte przez Zamawiającego tj. uznanie, że Skarżący spełnia warunki udziału w postępowaniu, zostały podjęte legalnie i nie naruszają przepisów ustawy' Pzp, a tym samym oddalenie odwołania w tym zakresie oraz, zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania w tym kosztów' zastępstwa procesowego według norm przepisanych poniesionych przed Sądem Okręgowym oraz Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu skargi konsorcjum Mott MacDonald podniósł iż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 18 marca 2011 r. W dniu 12 kwietnia

2011 r. Zamawiający uznał, iż we wniosku brak jest m.in. dokumentu/oświadczenia potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości AF-Colenco Ltd. i wezwał Skarżącego do uzupełnienia wniosku w tym zakresie. Skarżący, pomimo, iż we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył aktualny odpis wyciągu z Rejestru Handlowego Kantonu Aargau, potwierdzający brak podstaw do wykluczenia, dodatkowo uzupełnił ww. dokument w określonym przez Zamawiającego terminie. Wobec powyższego po dokonaniu oceny wniosku Skarżącego wraz z uzupełnieniem Zamawiający uznał, iż Skarżący spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

W odwołaniu złożonym przez Odwołującego (konsorcjum Bechtel Power Corporation z siedzibą w USA, Bechtel Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Polsce i Electricite de France SA z siedzibą we Francji) podał on, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu (wbrew odmiennej decyzji Zamawiającego), oraz że do dalszego udziału w postępowaniu zostały dopuszczone podmioty, które nie wykazały, że spełniają warunki udziału w postępowaniu i z tego powodu powinny być wykluczone, a on sam winien być przywrócony do dalszego udziału w postępowaniu. Do podmiotów, których prawidłowość wniosków Odwołujący zakwestionował należał m.in. skarżący. KIO uwzględniła tylko jeden z zarzutów podnoszonych w odwołaniu, tj. zarzut dotyczący braku tłumaczenia całości dokumentu na język polski. Izba uznała, że dokument (oświadczenie potwierdzające, że wobec AF-Colenco Ltd -partnera Skarżącego - nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości) przedłożony bez tłumaczenia jego pełnej treści nie może być uznany za prawidłowy. Dalej KIO odniosła się do argumentacji zamieszczonej w odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprzetłumaczenia fragmentu dokumentu przez Konsorcjum Worley. Uzasadniając konieczność wykluczenia Konsorcjum Worley Izba stwierdziła, iż „brak tłumaczenia dokumentu dotyczył treści tego dokumentu, tj. noty notarialnej, która ma istotne znaczenia dla ważności tego dokumentu. Dalej KIO wskazała, iż tekst co do którego nie przedłożono tłumaczenia odnosi się do notarialnego potwierdzenia złożenia oświadczenia przed notariuszem.

W ocenie skarżącego kwestią bez wątpienia najważniejszą jest brak istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem niedopuszczalności orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie zarzutów kierowanych do wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym Skarżącego. Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia jest podstawową przesłanką, która powinna być badana przez Krajową Izbę Odwoławczą na każdym etapie postępowania, a jej brak skutkować musi oddaleniem odwołania, bez merytorycznego rozpoznania stawianych zarzutów. Tym samym Odwołujący w momencie nieudowodnienia niezasadności wykluczenia go z postępowania utracił szansę na uzyskanie tego przedmiotowego zamówienia, a zatem Skarżący zasadnie stawia tezę o utracie interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym braku interesu w kwestionowaniu wniosków, które zgodnie z oceną Zamawiającego zostały zakwalifikowane do dalszego etapu postępowania. Skoro zatem Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i zasadnie został wykluczony z postępowania (co przyznała Krajowa Izba Odwoławcza), to utracił interes w uzyskaniu zamówienia i uzyskania rozstrzygnięcia na jego korzyść, a tym samym nie poniesie szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niemniej jednak skład orzekający w sposób nieuprawniony odniósł się do zarzutów stawianych wnioskowi pozostałych wykonawców. Przepis art. 179 ustawy Pzp statuuje ogólną zasadę, iż środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Nie wystarczy być zatem uczestnikiem postępowania, ale niezbędne jest też wykazanie swojego interesu i to o kwalifikowanej formie, a mianowicie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Interes ten musi odnosić się do uzyskania zamówienia będącego przedmiotem toczącego się postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia traci wobec tego wykonawca, który został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a wykluczenie jest prawidłowe. Brak jest również szkody, którą Odwołujący mógłby ponieść na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Wykluczony wykonawca nie mógłby bowiem uzyskać zamówienia nawet, jeśli uwzględniono by podniesione przez niego zarzuty odnośnie pozostałych wykonawców. Wnoszący środek ochrony prawnej nie udowodnił, że nadal istnieje obiektywna potrzeba rozstrzygnięcia odwołania wynikająca z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego jego szansy, choćby potencjalnej na uzyskanie zamówienia, ewentualnie chronionego interesu gospodarczego (ekonomicznego) związanego z

zamówieniem. Natomiast skład orzekający w ogóle pominął tą kwestię dokonując rozstrzygnięcia w zakresie zarzutów, pomimo utraty przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym interesu w rozstrzygnięciu odwołania na jego korzyść. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej jako organ procesowy winien zatem w przedmiotowym postępowaniu odmówić Odwołującemu się ochrony prawnej po merytorycznym rozpatrzeniu zawisłego sporu, bowiem na etapie wyrokowania przesłanka warunkująca uzyskanie rozstrzygnięcia utraciła na aktualności. Interesu w uzyskaniu zamówienia nie można łączyć z interesem faktycznym, czy ogólnym. Charakter prawny przedmiotowej przesłanki, oznacza że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka, nawet wtedy, gdy jest merytorycznie uzasadniony.

Niezależnie od powyższego zarzutu Skarżący wskazał na niezasadność nakazania Zamawiającemu wykluczenia Skarżącego z postępowania. Wydane rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w części uwzględniającej zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Skarżącego z postępowania równieź jest błędne i narusza m. in. przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Wbrew stanowisku składu orzekającego, Skarżący spełnia warunki udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do wykluczenia Skarżącego z przedmiotowego postępowania. Kwestią, która stała u podstaw nakazania Zamawiającemu wykluczenia Skarżącego z postępowania, była kwestia braku tłumaczenia pełnej treści dokumentu stanowiącego oświadczenie potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości w stosunku do partnera Skarżącego. Ustawa Pzp w art. 24 ust. 1 i 2 wskazuje przesłanki, których zaistnienie będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Katalog podstaw- wykluczenia jest katalogiem zamkniętym. W ust. 1 pkt 2 cytowanego art. ustawodawca postanowił, że wyklucza się wykonawców w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Stosownie do zapisów rozporządzenia o dokumentach, dokumentem potwierdzającym brak zaistnienia tej okoliczności jest aktualny odpis z właściwego rejestru a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast przedmiotowego dokumentu składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa wyżej, 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. W § 6 ust 4 rozporządzenia o dokumentach postanowiono, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. W związku z tym, iż w kraju, gdzie ma swoją siedzibę AF-Colenco Ltd (partner Skarżącego), potwierdzeniem, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono jego upadłości, jest wyciąg z Rejestru Handlowego, taki dokument został załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z wątpliwościami, na wezwanie Zamawiającego Skarżący przedłożył oświadczenie złożone przed notariuszem wraz z jego tłumaczeniem na język polski. Z dokumentu tego jednoznacznie wynika, iż na dzień 18 marca 2011 r. ani na dzień złożenia oświadczenia nie otwarto ani nie ogłoszono upadłości wobec spółki AF-Colenco Limited z siedzibą w Baden.

Następnie skarżący wskazał, iż dnia 14 sierpnia 2005 r. w życie weszła w stosunku do Polski Konwencja haska o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (tzw. Konwencja Apostille). Jest to specyficzne poświadczenie udzielane w państwie, w którym dokument został wystawiony, przez uprawnione organy tego państwa. Konwencja ma zastosowanie do dokumentów urzędowych, które zostały sporządzone na terytorium jednego z Umawiających się Państw i które mają być przedłożone na terytorium innego Umawiającego się Państwa. Dla celów konwencji za dokumenty urzędowe uważa się m. in. akty notarialne oraz urzędowe zaświadczenia umieszczone na dokumentach podpisanych przez, osoby działające w charakterze prywatnym, takie jak urzędowe zaświadczenia stwierdzające zarejestrowanie dokumentu lub fakt jego istnienia w określonej dacie oraz urzędowe i notarialne poświadczenia podpisów. Klauzula Apostille poświadcza

autentyczność podpisu na dokumencie, charakter, w jakim działa osoba sygnująca dokument, tożsamość pieczęci lub stempla, którym opatrzony jest dokument Klauzula ta umieszczona na dokumencie nie poświadcza faktu, że sygnatariusz dokumentu był uprawniony do jego podpisania i nie odnosi się do treści dokumentu. Istotą dokumentu opatrzonego Apostille jest, że poświadczony w taki sposób dokument może być bezpośrednio przedłożony właściwym władzom, urzędom i instytucjom Państw-Stron Konwencji z pominięciem dalszych legalizacji dokonywanych przez urzędy konsularne. Nota notarialna ma taki charakter i w związku z tym mogła być przedłożona Zamawiającemu w takiej postaci, a więc bez tłumaczenia.

Przedłożone przez Skarżącego dokumenty są dokumentami wymaganymi rozporządzeniem o dokumentach, prawidłowymi, a przede wszystkim potwierdzają one iż brak jest podstaw' do wykluczenia Skarżącego z postępowania, a więc zawierają informację, że w'obec AF-Colenco Ltd nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Nie można zgodzić się z twierdzeniem KIO, że brak pełnego tłumaczenia dokumentu /łożonego w języku obcym stanowi przesłankę do wykluczenia Skarżącego z postępowania na podstawie art 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp. Skarżąc) podnosi, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zostały określone w art 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Katalog tych przesłanek jest zamknięty, a wśród nich brak jest okoliczności nieprzedłożenia tłumaczenia dokumentu. W tym miejscu Skarżący podnosi, iż wbrew stanowisku KIO wyrażonym w uzasadnieniu Skarżący przedłożył tłumaczenie dokumentu, a nie przetłumaczona część dotyczy noty notarialnej mającej charakter klauzuli apostille, która w żaden sposób nie wpływa na treść ani ważność tego dokumentu. Konwencja haska wskazuje, iż apostille nie odnosi się do treści zawartości dokumentu urzędowego, a jej ewentualny brak nie dyskwalifikuje automatycznie treści takiego dokumentu. Ponadto, ewentualny brak tłumaczenia apostille nie oznaczałby nieznanomości treści lub znaczenia apostille, która sporządzana jest według wzoru załączonego do Konwencji i może być sporządzona w języku urzędowym wydającego ją organu. Ustalenie jej treści i znaczenia nie nastęrcza zatem większych trudności, a brak tłumaczenia na język polski apostille nie stanowi braku tłumaczenia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, a jej treść wynika wprost z powszechnie obowiązujących przepisów prawa - umowy międzynarodowej, której Polska jest stroną.

Wprawdzie KIO wskazało, że nota notarialna ma istotne znaczenie dla ważności tego dokumentu (z czym nie zgadza się Skarżący), jednak brak jest uzasadnienia dla przedmiotowego twierdzenia zarówno w uzasadnieniu, jak i stanie faktycznym ustalonym na podstawie zebranego materiału. Skład orzekający całkowicie pominął kwestię, że przedmiotowy dokument w sposób jednoznaczny potwierdza okoliczność braku zaistnienia podstaw do wykluczenia, że dokument zawiera treść oświadczenia złożonego przed notariuszem i treść tego dokumentu została przetłumaczona. Nie sposób jest przyznać racji KIO, że nota notarialna stanowi treść dokumentu, bowiem z tekstu tego wynika jedynie potwierdzenie tożsamości i uprawnienie osób do składania wiążących oświadczeń w imieniu spółki. Istotna treść dokumentu znajduje się na pierwszej stronie i treść ta została przetłumaczona. Pod treścią tą widnieje data oraz podpis osób składających oświadczenie. Treść znajdująca się poniżej podpisu nie może stanowić o treści dokumentu, a tym samym nie ma żadnego znaczenia dla ważności tego dokumentu, a tym bardziej dla ważności złożonego oświadczenia. Podpisy znajdujące się pod złożonym oświadczeniem stanowią zatwierdzenie treści dokumentu i dlatego zostały umieszczone bezpośrednio pod znajdującym się w nim tekstem, na znak, że tylko poprzedzająca podpis część dokumentu objęta jest oświadczeniem woli lub wiedzy podpisanego (tak też SN w wyroku z dnia wyrok SN z 14 grudnia 2006, sygn. 1 CSK 327/06). Dlatego podpis na ogół umieszcza się pod treścią oświadczenia woli, co pozwala m.in. na przyjęcie, że treść umieszczona poniżej podpisu nie może być z reguła) przypisywana podpisującemu, a tym bardziej nie może świadczyć o ważności takiego dokumentu.

Dodatkowo należy zauważyć, iż brak tłumaczenia tekstu notarialnego ww. dokumentu nie ma wpływu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty i oświadczenia są składane w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem jeśli z przedłożonych dokumentów' można wysnuć wnioski o braku podstaw' do wykluczenia, to powinny być one przez KIO, tak jak uczynił to Zamawiający, zaakceptowane. Tym bardziej, że treść tłumaczona pozwala na weryfikację, że oświadczenie jest złożone w wymaganej prawem formie i okolicznościach, w szczególności zawiera tekst: „oświadczenie to odczytano i podpisano przez Dyrektora Naczelnego i Kierownika Działu

Technologii Jądrowych AF - Colenco Ltd przed notariuszem; Podpis i pieczęć notariusza", a w konsekwencji, zasadne jest jego uznanie za dokument potwierdzający brak podstaw do

wykluczenia. Zamawiający, prowadzący postępowanie w języku polskim, wyłącznie na podstawie tłumaczenia dokumentu może zatem stwierdzić, że wymagania wskazane w § 4 ust 3 rozporządzenia o dokumentach, zostały przez wykonawcę spełnione. Nie sposób zatem przyjąć, że tłumaczenie treści noty podmiotu lub organu, przed którym oświadczenie zostało złożone, jest konieczne, albowiem nie wpływa na ocenę czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie wzięła pod uwagę, treści dokumentu i jego tłumaczenia znajdującego się we wniosku Skarżącego. Otóż na stronie 40 wniosku znajduje się tłumaczenie w treści identyczne z treścią nieprzetłumaczoną. Porównując oba dokumenty i dokonane na str. 40 tłumaczenie osoby z minimalną znajomością języka angielskiego, a nawet osoby w ogóle nie posługujące się tym językiem, są w stanie odczytać treść tej noty. Z przetłumaczonej treści z łatwością można poznać informację, iż po pierwsze informacja zawarta w pkt nr 1 jest potwierdzeniem faktu, iż AF-Consult Switzerland Ltd (poprzednio AF-Colenco Ltd) z siedzibą w CH-5405 Baden. Taferstrasse 26, to szwajcarska spółka akcyjna należycie zarejestrowana w państwowym rejestrze spółek handlowych w Kantonie Aargau - fakt ten jest niezależnie potwierdzony w dostarczonej kopii rejestru spółek handlowych Kantonu Aargau. po drugie informacja zawarta w pkt nr 2 jest potwierdzeniem faktu, iż panowie Roberto Gerosa i Lucien Teunckens są upoważnieni do podpisywania łącznego i prawnie wiążącego w imieniu AF-Consult Switzerland Ltd - fakt ten jest niezależnie potwierdzony w dostarczonej kopii rejestru spółek handlowych Kantonu Aargau i po trzecie informacja zawarta w pkt. nr 3 jest potwierdzeniem faktu, iż panowie Roberto Gerosa i Lucien Teunckens Nandakumar potwierdzili swoją tożsamość i podpisali niniejsze potwierdzenie osobiście, wobec czego notariusz stwierdził autentyczność ich podpisów - fakt ten jest niezależnie potwierdzony w znajdującej się na pierwszej stronie oświadczenia informacji, cyt. „oświadczenie to odczytano i podpisano przez Dyrektora Naczelnego i Kierownika Działu Technologii Jądrowych AF - Colenco Ltd przed notariuszem". Z fragmentu tego nie wynika nic innego niż z nieprzetłumaczonej części dokumentu złożonego na skutek uzupełnienia. Uzupełnienia dokumentu o tłumaczenie noty notarialnej spowodowałoby, iż Zamawiający (a tym samym KIO) otrzymałby dokument, z którego nie wynikałoby nic innego niż to, co jest już Zamawiającemu wiadome na podstawie złożonego przez Skarżącego wniosku (podobnie orzekło KIO w wyroku z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt KIO 1967/10). Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, który wymagał złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w oryginale i czterech kopiach, w tym dwóch w wersji angielskiej, co wynika z pkt 6 sekcji VI. 3) ogłoszenia o zamówieniu, był w stanie na etapie oceny tych wniosków z łatwością poznać treść nieprzetłumaczonego tekstu. Co więcej, na tej podstawie ustalili, że wobec Skarżącego brak jest przesłanek do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Powyższe dowodzi po pierwsze, że treść ta nie wpływa na ważność dokumentu, a po drugie odnosząc ją do kwestionowanego dokumentu, nie ma żadnego znaczenia dla oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia Skarżącego z postępowania. Ponadto dowodzi, że KIO nie wyjaśniło w sposób pełny i dostateczny przedmiotowej okoliczności, a dokonana ocena przedłożonego na skutek uzupełnienia oświadczenia wraz z tłumaczeniem została dokonana na podstawie twierdzeń Odwołującego z pominięciem stanowiska Zamawiającego i przystępującego po jego stronie Skarżącego. Nakazanie wykluczenia Skarżącego z tego powodu, stanowi wyraz nadmiernego, nieuzasadnionego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo Skarżący wskazuje, iż biorąc pod uwagę praktykę szwajcarską, brak zapisu o rozpoczęciu likwidacji w Rejestrze Handlowym jest równoznaczny z potwierdzeniem, że taki stan faktyczny nie ma miejsca. Rejestr Handlowy załączony do wniosku, a dotyczący spółki AF-Colenco Ltd. wyraźnie potwierdza, że znajdują się w nim wpisy poczynawszy od dnia 30 maja 1969 r. do dnia 18 lutego 2011 r., a więc aktualne na dzień wydania. Przedstawiony wyciąg z Rejestru Handlowego Kantonu Aargau nie posiada jedynie wpisu informującego wprost o tym, że spółka nie jest w trakcie likwidacji, ale okoliczność ta nie czyni dokumentu nieprzydatnym do stwierdzenia tego faktu, ponieważ zgodnie z praktyką i ustawodawstwem szwajcarskim, dokument w formie przedstawionej przez Skarżącego jest

wystarczający dla stwierdzenia tego faktu.

Potwierdzeniem tego faktu jest również informacja Urzędu ds. Upadłości z dnia 15 czerwca 2011 r., chociaż ma ona tylko i wyłącznie charakter lokalny (ograniczony do Baden), z której wynika, iż po przeszukaniu Rejestru Handlowego spółki AF-Colenco Ltd na dzień 15 czerwca 2011 r. brak jest wzmianki o bankructwie. Dowodzi to, iż Urząd ds. Upadłości wydaje przedmiotowe potwierdzenie na podstawie treści Rejestru Handlowego. Zatem brak wzmianki o wszczęciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości w rejestrze potwierdza równocześnie, że stan taki nie ma miejsca.

Stanowisko KIO dotyczące pełnego tłumaczenia dokumentu w stosunku do Skarżącego stoi w sprzeczności ze stanowiskiem wyrażonym w stosunku do oświadczenia złożonego przez Amec Nuclear UK Limited. W przedmiotowym tłumaczeniu brak jest również pełnej treści, jednakże w tym przypadku KIO uznało, że tłumaczenie to nie dotyczy istotnego elementu oświadczenia. Wobec powyższego stwierdzenia. Skarżący zwraca uwagę, że KIO dokonując oceny zebranego materiału dokonało analizy tłumaczenia pod kątem istotności, czy też nie istotności tłumaczonych dokumentów, a nie wzięło pod uwagę faktycznej treści, jaka z tych dokumentów miała wynikać. Nawet jeśli uznać, że tłumaczenie na język polski formuły notarialnej było konieczne, to uzupełnienie w tym zakresie jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub dokonanie przez Zamawiającego wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W przedmiotowej sytuacji nie zachodzi bowiem okoliczność ponownego wezwania do uzupełnienia tego samego oświadczenia lecz do przedłożenia tłumaczenia formuły notarialnej, która nie jest oświadczeniem Al-Colenco Ltd. Zamawiający wzywał bowiem Skarżącego do przedłożenia zaświadczeń względnie oświadczeń, a nie tłumaczenia formuły notarialnej. Kwestia możliwości wezwania do uzupełnienia w powyższym zakresie została przez KIO wyraźnie pominięta, co stanowi przykład braku rzetelności w dążeniu do dostatecznego wyjaśnienia sprawy i nierównego traktowania wykonawców. Dla wykazania zasadności powyższej tezy. Skarżący wskazuje, iż w stosunku do Konsorcjum Worley KIO w uzasadnieniu uznała za niezasadne wzywianie Konsorcjum do uzupełnienia „wobec okoliczności, iż już raz w tym postępowaniu tego właśnie dokumentu (wprost tłumaczenia dokumentu) Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądał od tego wykonawcy”. Powyższe dowodzi, iż KIO nie zanegowało, a tym samym dopuściło możliwość uzupełnienia tłumaczenia dokumentu.

Wyrażone przez KIO w wyroku z dnia 5 lipca 2011 r. stanowisko nie znajduje zatem oparcia ani w stanie faktycznym, ani we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokumentach uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego. Jednocześnie wydając skarżone orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła powołane w petitum przepisy postępowania, co miało wpływ na jego wynik, albowiem gdyby Izba wszechstronnie rozważyła zebrany materiał dowodowy i dokonała prawidłowych i wynikających z zebranych dowodów ustaleń, jak również gdyby wyjaśniła wszechstronnie całą sprawę, nie nakazałaby Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia Skarżącego z postępowania.

W toku postępowania ze skargi przed Sądem Okręgowym w Warszawie konsorcjum WorleyParsons złożyło pismo zatytułowane „przystąpienie do postępowania w charakterze interwenienta ubocznego po stronie Zamawiającego” datowane na dzień 4 sierpnia 2011 r. wskazując iż na podstawie art. 77 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., nr 43, późn. zm.) zgłasza przystąpienie Wykonawcy do sprawy po stronie Zamawiającego w charakterze interwenienta ubocznego. Interwenient wskazał, iż ma interes prawny we wstąpieniu do niniejszego postępowania, bowiem dotyczy ono bezpośrednio jego praw i obowiązków w toczącym się postępowaniu. W wyniku uwzględnienia odwołania, Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 5 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1306/1 1, nakazała Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy z postępowania, pomimo że uprzednio Zamawiający stwierdził, że Wykonawca spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Uprawomocnienie się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej spowoduje, iż Wykonawca utraci możliwość ubiegania się o zamówienie i uzyskania tego zamówienia. W związku z powyższym Wykonawca ma w niniejszym postępowaniu interes prawny w wykazaniu nieważności rozstrzygnięcia Zamawiającego w przedmiocie uznania, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jednocześnie w wykazaniu wadliwości w/w wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dotyczącym nakazania Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy. Rozstrzygnięcie skargi na korzyść Wykonawcy umożliwi mu dalszy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ubieganie się o uzyskanie tego zamówienia. Interwient wskazał, iż legitymacja Wykonawcy do zgłoszenia interwencji ubocznej oraz do złożenia skargi została potwierdzona w orzecznictwie jako w pełni akceptowalna - tu powołał stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 lipca 2003 roku (sygn. akt III CZP 47/03) jak również Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 30 października 2003 r. (sygn. akt V Ca 983/03).

Podnosił, iż nie podziela oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane bez zachowania wymaganej formy pisemnej jest nieważne i nie wywołuje skutków prawnych. Takie uznanie nie znajduje oparcia w przepisach Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, póź. zm.) („PZP”), ani też w żadnych innych przepisach obowiązującego prawa. Art. 73 k.c. przewiduje w § 1, że jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego niewątpliwie jest czynnością prawną (a jednocześnie również czynnością procesową), dokonywaną w ramach postępowania odwoławczego. PZP nie przewiduje rygoru nieważności w przypadku niezachowania formy pisemnej przy wniesieniu oświadczenia o przystąpieniu. Niedopuszczalne jest zatem dokonywanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładni rozszerzającej - na niekorzyść Wykonawcy - i stwierdzanie, że takie oświadczenie jest nieważne i w związku z tym nie wywołuje skutków prawnych. Należy podkreślić, że taka interpretacja prowadzi do nieuzasadnionego i rażącego ograniczenia prawa Wykonawcy do obrony swoich praw w toczącym się postępowaniu odwoławczym. Dla porównania - przepisy kodeksu postępowania cywilnego wprost przewidują skutek odrzucenia lub zwrotu pisma w przypadku nieuzupełnienia braków formalnych (art. 130 i nast. k.p.c.) oraz stanowią, że w przypadku zwrotu pisma, pismo takie nie wywołuje żadnych skutków prawnych, w PZP nie wskazano natomiast żadnej sankcji i z tytułu złożenia oświadczenia o przystąpieniu obciążonego brakiem formalnym w postaci braku oryginału podpisu na oświadczeniu. Podkreślił nadto, iż Konsorcjum składało oświadczenie o przystąpieniu działając samodzielnie i nie będąc reprezentowanym przez profesjonalnego pełnomocnika. W przypadku strony będącej podmiotem zagranicznym, nie posiadającej przedstawiciela w Polsce (czyli takiej, jak Wykonawca) przepisy procedury cywilnej przewidują jeszcze bardziej złagodzone zasady uzupełniania braków w złożonych pismach procesowych (art. 130 § 1 k.p.c.). Natomiast w omawianej sprawie Wykonawca został potraktowany z dużo wyższą surowością, niż na to zezwalają przepisy kodeksu postępowania cywilnego, ale także przepisy PZP. W świetle powyższego uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą nieważności i nieskuteczności złożonego oświadczenia o przystąpieniu i uznanie Wykonawcy za nieistniejącego podczas postępowania odwoławczego, a wskutek tego uniemożliwienie Wykonawcy uczestniczenia w postępowaniu i dokonywania jakichkolwiek czynności, w tym uzupełnienia oryginału pisma w ramach tego postępowania, jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia praw-a do sądu, zagwarantowanego w procedurze cywilnej oraz w art. 45 Konstytucji RP.

Następnie w omawianym piśmie interwient zawarł wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1306/11 na podstawie art. 198e ust. 2 PZP. Wskazał, iż nie został formalnie dopuszczony do udziału w postępowaniu i uznany za uczestnika, przedmiotowy wyrok nie został doręczony Wykonawcy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wykonawca powziął wiadomość o treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. z e-maila przesłanego mu przez Zamawiającego, tj. w dniu, w którym upływał termin do wniesienia skargi przez Zamawiającego. Z dniem powzięcia informacji o doręczeniu wyroku Zamawiającemu, tj. 1 sierpnia 2011 r. o godzinie 16:40. Wykonawca niezwłocznie przystąpił do sporządzenia skargi. Wykonawca bez swojej winy nie był jednak w stanie dochować terminu przewidzianego na wniesienie skargi przez Zamawiającego - 1 sierpnia 2011 r. i składa ją w najszybszym możliwym terminie, z uwzględnieniem 7 dniowego terminu przewidzianego w art. 198e ust. 3 PZP.

Kolejny punkt omawianego pisma stanowi skarga na wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 5 lipca 2011 roku w sprawie KIO 1306/11 w zakresie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów Odwołującego dotyczących złożonego przez Wykonawcę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na „Świadczenie przez Doradcę Technicznego (ang. Owner's Engineer) usług doradztwa technicznego w procesie inwestycyjnym związanym z budową przez PGE EJ 1 sp z o.o. pierwszej polskiej elektrowni jądrowej o mocy 3.000 MW" i nakazania Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy postępowania. Orzeczeniu KIO zarzucono naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez uznanie, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, pomimo że Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy powołany przepis nie przewiduje możliwości wykluczenia wykonawców z powodu nieistotnych uchybień formalnych; naruszenie przepisów art. 22 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 25 ust. 1 PZP poprzez błędną ich wykładnię i przyjęcie, że przedłożenie dokumentu zawierającego nieistotne uchybienia formalne na potwierdzenie spełniania warunków- udziału w postępowaniu, automatycznie przesądza o niespełnieniu warunku, którego dany dokument dotyczy. Konsorcjum WorleyParsons zarzuciło nadto naruszenie art. 190 ust. 7 PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz sprzeczność ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z zebraniem materiałem dowodowym, w szczególności poprzez uznanie, że Wykonawca nie przetłumaczył oświadczenia notariusza, podczas gdy treść oświadczenia została przetłumaczona w złożonym przez Wykonawcę wyjaśnieniu; nieuwzględnienie argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w odniesieniu do braku podstaw wykluczenia Wykonawcy; oraz zaniechanie oceny, czy niekompletność tłumaczenia powoduje, iż Wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunków udziału postępowaniu. Nadto zarzucono naruszenie art. 192 ust. 2 PZP, poprzez uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania w zakresie braku tłumaczenia ramki notarialnej przez Wykonawcę w jednym z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, podczas gdy naruszenie to nie miało wpływu i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie ulega wątpliwości, że Wykonawca spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, naruszenie art. 179 ust. 1 PZP poprzez wydanie orzeczenia pomimo braku legitymacji po stronie Odwołującego oraz naruszenie art. 73 § 1 kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że przystąpienie Wykonawcy do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą było nieskuteczne, pomimo że PZP nie przewiduje sankcji nieważności w przypadku niezachowania formy pisemnej oświadczenia o przystąpieniu. Wskazując na powyższe zarzuty konsorcjum WorleyParsons wniosło o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w części dotyczącej uwzględnienia zarzutów Odwołującego dotyczących wniosku Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - poprzez uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu a co za tym idzie poprzez pominięcie w punkcie 1 sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zalecenia, aby w ramach ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał wykluczenia konsorcjum WorleyParsons z postępowania.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę wniesioną przez konsorcjum Mott MacDonald
zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna, aczkolwiek nie wszystkie zawarte w niej zarzuty zasługują na aprobatę.

Nie jest zasadny zarzut niedopuszczalności orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie zarzutów kierowanych do wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym Skarżącego. Nie można bowiem zgodzić się z poglądem, iż z momentem niewykazaniem przez Odwołującego (konsorcjum Bechtel Power) niezasadności wykluczenia go z postępowania utracił szanse na uzyskanie tego przedmiotowego zamówienia, a zatem utracił interes w uzyskaniu zamówienia i uzyskania rozstrzygnięcia na jego korzyść, a tym samym nie poniesie szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skarżący pomija bowiem okoliczność, iż wyrok KIO jest zaskarżalny - zatem do jego uprawomocnienia w sytuacji gdy Odwołującemu służyło prawo do złożenia skargi na wyrok KIO nie można zasadnie twierdzić o utracie przez niego szansy na uzyskanie zamówienia. Przepis art. 179 ustawy Pzp statuuje ogólną zasadę, iż środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub

mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Przesłanka ta musi istnieć w momencie zainicjowania postępowania odwoławczego i w sprawie niniejszej istniała, co zostało prawidłowo ustalone w zaskarżonym wyroku i czego skarżący nie kwestionuje. Skoro zostało złożone odwołanie, to rozstrzygnięcie przez KIO co do niezasadności tego odwołania w zakresie dotyczącym samego Odwołującego (Konsorcjum Bechtel Power) nie zwalniało KIO od obowiązku rozstrzygnięcia o całości odwołania - a więc także o zarzutach dotyczących innych wykonawców, bowiem nadal istniała możliwość zaskarżenia wyroku a co zatem idzie możliwości uzyskania zamówienia. Sam Skarżący wskazuje w skardze iż interes w uzyskaniu zamówienia traci wobec wykonawcy, który został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a wykluczenie jest prawidłowe a ostatecznie o prawidłowości wykluczenia rozstrzyga Sąd Okręgowy orzekając o wniesionej skardze. Fakt, iż konsorcjum Bechtel nie wniosło skargi od wyroku nie zmienia oceny co do istnienia podstaw do orzekania przez KIO. Nie można bowiem przed zaskarżeniem wyroku KIO przyjąć, iż nie zostanie złożona skarga a zatem wykluczenie Odwołującego już w momencie orzekania przez KIO jest ostateczne i utracił interes w uzyskaniu zamówienia i uzyskania rozstrzygnięcia na jego korzyść.

Zasadny jest natomiast zarzut, iż zaskarżone rozstrzygnięcie w części uwzględniającej zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Skarżącego z postępowania narusza m. in. przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Ustawa Pzp w art. 24 ust.

1 i 2 wskazuje przesłanki, których zaistnienie będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Katalog podstaw wykluczenia jest katalogiem zamkniętym. W ust. 1 pkt 2 tego przepisu ustawodawca postanowił, że wyklucza się wykonawców- w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nic przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Stosownie do zapisów rozporządzenia o dokumentach, dokumentem potwierdzającym brak zaistnienia tej okoliczności jest aktualny odpis z właściwego rejestru a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast przedmiotowego dokumentu składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa wyżej, 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. W § 6 ust 4 rozporządzenia o dokumentach postanowiono, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. W związku z tym, iż w kraju, gdzie ma swoją siedzibę AF-Colenco Ltd (partner Skarżącego), potwierdzeniem, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono jego upadłości, jest wyciąg z Rejestru Handlowego, taki dokument został załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z wątpliwościami, na wezwanie Zamawiającego Skarżący przedłożył oświadczenie złożone przed notariuszem wraz z jego tłumaczeniem na język polski. Z dokumentu tego jednoznacznie wynika, iż na dzień 18 marca 2011 r. ani na dzień złożenia oświadczenia nie otwarto ani nie ogłoszono upadłości wobec spółki AF-Colenco Limited z siedzibą w Baden. Wbrew stanowisku KIO wyrażonym w uzasadnieniu Skarżący przedłożył tłumaczenie dokumentu, a nieprzetłumaczona część dotyczy noty notarialnej mającej charakter klauzuli apostille. która w żaden sposób nie wpływa na treść ani ważność tego dokumentu. Klauzula Apostille poświadcza autentyczność podpisu na dokumencie, charakter, w jakim działa osoba sygnująca dokument, tożsamość pieczęci lub stempla, którym opatrzony jest dokument Klauzula ta umieszczona na dokumencie nie poświadcza faktu, że sygnatariusz dokumentu był uprawniony do jego podpisania i nie odnosi się do treści dokumentu. Istotą dokumentu opatrzonemu Apostille jest, że poświadczony w taki sposób dokument może być bezpośrednio przedłożony właściwym władzom, urzędom i instytucjom państw - stron konwencji z pominięciem dalszych legalizacji dokonywanych przez tirydy konsularne. Nota notarialna ma taki charakter i w związku z tym mogła być przedłożona Zamawiającemu w takiej postaci, a więc bez tłumaczenia. Ponadto, brak tłumaczenia na język polski apostille nie stanowi braku tłumaczenia dokumentu

niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, a jej treść wynika wprost z powszechnie obowiązujących przepisów prawa - umowy międzynarodowej, której Polska jest stroną. W zaskarżonym wyroku pominięto kwestię, że przedmiotowy dokument w sposób jednoznaczny potwierdza okoliczność braku zaistnienia podstaw do wykluczenia, bowiem zawiera treść oświadczenia złożonego przed notariuszem i treść tego dokumentu została przetłumaczona. Nie sposób jest przyznać racji KIO, że nota notarialna stanowi treść dokumentu, bowiem z tekstu tego wynika jedynie potwierdzenie tożsamości i uprawnienie osób do składania wiążących oświadczeń w imieniu spółki. Istotna treść dokumentu znajduje się na pierwszej stronie i treść ta została przetłumaczona. Pod treścią tą widnieje data oraz podpis osób składających oświadczenie. Treść znajdująca się poniżej podpisu nie może stanowić o treści dokumentu, a tym samym nie ma żadnego znaczenia dla ważności tego dokumentu, a tym bardziej dla ważności złożonego oświadczenia. Podpisy znajdujące się pod złożonym oświadczeniem stanowią zatwierdzenie treści dokumentu i dlatego zostały umieszczone bezpośrednio pod znajdującym się w nim tekstem, na znak, że tylko poprzedzająca podpis część dokumentu objęta jest oświadczeniem woli lub wiedzy podpisanego (tak też SN w wyroku z dnia 14 grudnia 2006, sygn. I CSK 327/06).

Trafnie podnosi skarżący, iż brak tłumaczenia tekstu notarialnego ww. dokumentu nie ma wpływu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty i oświadczenia są składane w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem jeśli z przedłożonych dokumentów można wysnuć wnioski o braku podstaw do wykluczenia, to powinny być one przez KIO, tak jak uczynił to Zamawiający, zaakceptowane. Tym bardziej, że treść tłumaczona pozwala na weryfikację, że oświadczenie jest złożone w wymaganej prawem formie i okolicznościach, w szczególności zawiera tekst: „oświadczenie to odczytano i podpisano przez Dyrektora Naczelnego i Kierownika Działu Technologii Jądrowych AF - Colenco Ltd przed notariuszem; Podpis i pieczęć notariusza”, a w konsekwencji, zasadne jest jego uznanie za dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający, prowadzący postępowanie w języku polskim, wyłącznie na podstawie tłumaczenia dokumentu może zatem stwierdzić, że wymagania wskazane w § 4 ust 3 rozporządzenia o dokumentach, zostały przez wykonawcę spełnione. Nie sposób zatem przyjąć, że tłumaczenie treści noty podmiotu lub organu, przed którym oświadczenie zostało złożone, jest konieczne, albowiem nie wpływa na ocenę czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważyła znaczenia braku zapisu o rozpoczęciu likwidacji w Rejestrze Handlowym Kantonu Aargau załączonym do wniosku, a dotyczącym spółki AF-Colenco Ltd. Skoro rejestr ten wyraźnie potwierdza, że znajdują się w nim wpisy począwszy od dnia 30 maja 1969 r. do dnia 18 lutego 2011 r., a więc aktualne na dzień wydania. Brak bowiem wzmianki o wszczęciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości w rejestrze potwierdza, że stan taki nie ma miejsca.

Uznając zatem skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej za zasadną. Sąd Okręgowy zmienił wyrok w zaskarżonym zakresie w pkt. 1 w stosunku do Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce i AF-Colenco Limited w Szwajcarii i nie nakazał wykluczenia Konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Limited w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce i AF-Colenco Limited w Szwajcarii.

Odnosząc się do zgłoszonego przez konsorcjum Worley Parsons przystąpienia do postępowania w charakterze interwenienta ubocznego po stronie Zamawiającego” Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgłoszenie to zostało dokonane w toku postępowania przed Sądem Okręgowym pismem datowanym na dzień 4 sierpnia 2011 r., przy czym zostało skierowane do tego Sadu i przystępujący przesłał pismo bezpośrednio na adres sądu, bez zachowania trybu przewidzianego przepisami P.z.p. Jako podstawę prawną zgłoszonego przystąpienia Konsorcjum Worley Parsons wskazało przepis art. 77 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem przystępujący wskazał, iż przystępuje do postępowania po stronie zamawiającego.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w przepisie art.

198 a ust.2 stanowi, iż w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji. Przekładając to na realia postępowania w sprawie zamówień publicznych należy wskazać, iż skoro skarga została wniesiona przez jednego z wykonawców, to niezależnie od ilości wykonawców występujących w postępowaniu przed KIO przeciwnikiem skargi jest zawsze zamawiający. Interwenient zgłosił więc swe przystąpienie po stronie przeciwnika skargi, zaś określenie stron w interwencji odnoszące się do oznaczenia przyjętego w wyroku KIO nie oznacza, iż przystąpił do innego postępowania niż to toczące się już ze skargi Konsorcjum Mott MacDonald.

Sąd Okręgowy oddalił opozycję wniesioną przez Konsorcjum Mott Mac Donald, uznając iż interwenient uprawdopodobnił, iż ma interes prawny w'e wstąpieniu do sprawy.

Nie przesądza to jednak o skuteczności wniesionej przez interwenienta skargi. Zważyć należy bowiem iż w myśl art. 198 a pzp skarga do sądu na orzeczenie izby przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. Konsorcjum nie było ani stroną ani uczestnikiem postępowania odwoławczego, bowiem KIO uznała, że dwa zgłoszenia dokonane przez tego wykonawcę nie spełniają wymogów formalnoprawnych wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro zatem konsorcjum nie przystąpiło skutecznie do postępowania przed KIO, nie było uczestnikiem tego postępowania i nie służy mu prawo wniesienia skargi na orzeczenie KIO do Sądu. Z tego względu postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. Sąd Okręgowy odrzucił na podstawie zastosowanego odpowiednio art. 373 k.p.c. skargę wniesioną przez interwenienta jako niedopuszczalną w świetle art. 198 a Pzp., jak również odrzucił na podstawie art. 168 § 2 k.p.c. wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia tej skargi jako niedopuszczalny z uwagi na niedopuszczalność samej skargi.

Sądowi Okręgowemu orzekającemu w niniejszej sprawie znane jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 16 lipca 2003 r. (sygn. III CZP 47/03) niemniej w ocenie sądu nie ma ono zastosowania. Sąd Najwyższy wyraził swój pogląd na tle przepisów nieobowiązującej już ustawy dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2002 r. Nr 72. poz. 664 ze zm), w której to ustawie przepis art.92 a ust. 1 dawał prawo do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów jedynie stronom postępowania odwoławczego. W aktualnie obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych odpowiedni przepis (art. 198 a) określa w inny sposób krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi, rozszerzając krąg tych podmiotów w stosunku do ustawy o zamówieniach publicznych. W tej sytuacji nie jest zasadne ustalanie kręgu uprawnionych w drodze wykładni rozszerzającej opartej na interpretacji nieobowiązujących już przepisów.

Wskazać należy, iż interwenient uboczny przystępuje do tej ze stron, której zamierza pomóc wygrać proces. Skoro interwenient przystąpił do zamawiającego (przeciwnika skargi w konfiguracji niniejszego postępowania), zatem jego działania co do zasady winny być zgodne z działaniami zamawiającego, który w przedmiocie skargi Konsorcjum Mott Mac Donald nie zajął żadnego stanowiska, w szczególności zaś nie podnosił ewentualnych zarzutów co do prawidłowości rozstrzygnięcia KIO w zaskarżonym wyroku.

Nie do Sądu Okręgowego należy korygowanie oświadczenia woli interwenienta wyrażonej w piśmie o przystąpieniu do sprawy i samodzielne ustalenie po której w istocie stronie interwenient do sporu przystąpił. Postępowanie w sprawach o zamówienia publiczne toczy według przepisów o postępowaniu apelacyjnym i reguły tego postępowania winny być zachowane.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym orzeczono na podstawie art. 98 i 99 k.p.c. w zwz z art. 391 § 1 k.p.c., uznając przeciwnika skargi (zamawiającego) za przegrującego sprawę. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego należnych wnoszącemu skargę ustalono na podstawie odpowiednio zastosowanego przepisu § 10 ust. 1 pkt. 2 oraz § 12 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

O zwrocie na rzecz interwenienta opłaty od skargi orzeczono na podstawie art. 79 ust. 1 pkt I lit b ustawy z dnia 28 lipca 2001 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.