

Sygn. akt KIO/UZP 330/09

WYROK
z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2009r.** w Warszawie odwołania, wniesionego przez **Konsorcjum: Mota – Engil Polska S.A., Mota – Engil Engenharia e Construção S.A., ESLI – Parques de Estacionamento S.A, EMSA Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos S.A., IMMO PARK Sp. o. o., ul. Wadowicka 8 W, 30 – 415 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3/4** protestu z dnia **16.02.2009r.**

przy udziale **Konsorcjum PBG – P.R.G. METRO z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, 62 – 081 Przeźmierowo** oraz **Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A, ul. Konstruktorska 11 A, 02 – 673 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć **Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3/4**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Mota – Engil Polska S.A., Mota – Engil Engenharia e Construção S.A., ESLI – Parques de Estacionamento S.A., EMSA Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos S.A., IMMO PARK Sp. o. o., ul. Wadowicka 8 W, 30 – 415 Kraków**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3/4** na rzecz **Konsorcjum: Mota – Engil Polska S.A., Mota – Engil Engenharia e Construção S.A., ESLI – Parques de Estacionamento S.A., EMSA Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos S.A., IMMO PARK Sp. o. o., ul. Wadowicka 8 W, 30 – 415 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Mota – Engil Polska S.A., Mota – Engil Engenharia e Construção S.A., ESLI – Parques de Estacionamento S.A., EMSA Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos S.A., IMMO PARK Sp. o. o., ul. Wadowicka 8 W, 30 – 415 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Zaprojektowanie i budowę parkingu podziemnego przy al. Focha w Krakowie" wykonawca - Konsorcjum firm MOTA ENGIL Polska S.A. - Lider Konsorcjum oraz MOTA - ENGIL Engenharia e Construção S.A., ESLI - Parques de Estacionamento S.A., EMSA Empreendimentos e Exploração de Estacionamentos S.A., IMMO PARK Sp. z o.o. – zwany dalej konsorcjum, protestującym lub odwołującym, złożyło protest na czynność zamawiającego - Urząd Miasta Krakowa, polegającą na wykluczeniu konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Wykazując swój interes prawny, konsorcjum wskazało, że złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, a w związku z nieprawidłowym

zastosowaniem przez zamawiającego przepisów prawa, konsorcjum zostało niezasadnie pozbawione możliwości ubiegania się o udzielenie tego zamówienia.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej zwanej ustawą Pzp:

1. art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
2. art. 2 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 roku, Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), zwanego dalej rozporządzeniem, poprzez błędne przyjęcie nieważności przedłożonego dokumentu oraz stwierdzenie, iż w kraju siedziby członka konsorcjum – Spółki EMSA Empreendimentos e Exploracao de Estacionamentos S.A. nie wydaje się dokumentów, o których mowa w art. 2 ust 1 pkt 1 lit b),
3. art. 2 ust. 3 rozporządzenia, poprzez błędne przyjęcie, iż celem wykazania się przez EMSA Empreendimentos e Exploracao de Estacionamentos S.A., iż nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, koniecznym było oprócz przedłożenia stosownego zaświadczenia właściwego organu, również oświadczenie, o którym mowa w art. 2 ust. 3 rozporządzenia,
4. art. 2 ust. 3 rozporządzenia, poprzez błędne przyjęcie, iż celem wykazania się przez ESLI - Parques de Estacionamento S.A., iż nie zakazano spółce ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, koniecznym było przedłożenie zamawiającemu oświadczenia, o którym mowa w art. 2 ust. 3 rozporządzenia w formie aktu notarialnego,
5. art. 26 ust. 3 i 4, poprzez nieprawidłowe wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnienia treści dokumentów dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez konsorcjum,
6. art. 24 ust. 1 pkt 3, poprzez uznanie konsorcjum jako podmiotu, który zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, skutkujące nieuzasadnionym wykluczeniem konsorcjum z postępowania,
7. art. 24 ust. 1 pkt 9, poprzez uznanie konsorcjum jako podmiotu, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary,
8. art. 24 ust. 1 pkt 10, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 - 3, poprzez błędną kwalifikację prawną skutkującą nieuzasadnionym wykluczeniem konsorcjum

z postępowania.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum z postępowania,
2. przywrócenie do postępowania wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach złożonego przez konsorcjum,
3. powtórzenie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach, złożonego przez konsorcjum oraz akceptację wniosku.

W uzasadnieniu protestu konsorcjum podało, że w dniu 30 grudnia 2008 roku otrzymało od zamawiającego wezwanie do uzupełnienia m.in.:

1. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, potwierdzających, że EMSA Empreendimentos e Eploracao de Estacionamentos S.A., nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności,
2. oświadczenia, że przeciwko spółce nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary - w odniesieniu do ESLI - Parques de Estacionamento S.A.

Protestujący wskazał, że w odpowiedzi na złożone przez konsorcjum dokumenty zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3, pkt 9 i pkt 10 ustawy Pzp dokonał wykluczenia konsorcjum, jako argument wskazując, iż pomimo wezwania, konsorcjum nie przedłożyło wymaganych przepisami prawa dokumentów, warunkujących skuteczne ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Podał, że jako zarzuty do przedłożonych przez konsorcjum dokumentów dot. zaświadczenia ZUS dla spółki EMSA i oświadczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dla spółki ESLI zamawiający podniósł, iż dokument zaświadczenia ZUS wystawiony w kraju siedziby członka konsorcjum powinien zostać wystawiony najpóźniej na trzy miesiące przed datą złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaś dokument przedłożony, wystawiony przed datą 16 września 2008 roku nie spełniał wymogów formalnych. W kwestii oświadczenia spółki ESLI zamawiający podał, że "treść przedmiotowego oświadczenia nie daje podstaw do przyjęcia, że oświadczenie zostało złożone w obecności notariusza oraz, że notariusz zrozumiał jego treść, co przesądziło, że zamawiający stwierdził, iż wymóg określony w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nie został spełniony.

Obawy konsorcjum co do zachowania w ramach postępowania zasady równości traktowania wykonawców wzbudził fakt tak szczegółowej weryfikacji dokumentów

prowadzącej do wniosku, iż notariusz powinien rozumieć treść składanego przed nim oświadczenia. Jak bowiem wynika z informacji dołączonych do pisma wykluczającego konsorcjum z postępowania, wśród innych oferentów również znajdowały się podmioty zagraniczne, które z całą pewnością, celem spełnienia wszelkich wymogów formalnych postępowania składały również dokumenty w formie przewidzianej treścią art. 2 ust. 3 rozporządzenia. Jednak wykluczenia dokonano wyłącznie w stosunku do protestującego, a więc pozostałe oświadczenia innych wykonawców złożone przed notariuszem z całą pewnością nie budziły zastrzeżeń zamawiającego.

Protestujący dodatkowo wskazał, że oświadczenie spółki ESLI, którego treść jest obecnie źródłem wątpliwości zamawiającego, nie budziło jego zastrzeżeń w poprzednim postępowaniu o tożsamym przedmiocie zamówienia, które zamawiający bez uwag zaakceptował.

Zdaniem protestującego, chybiony jest argument zamawiającego, iż przedłożone do wniosku zaświadczenie, wystawione na żądanie spółki EMSA, przez odpowiednik polskiego ZUS, noszące datę 27 sierpnia 2008 roku, nie spełnia wymogów określonych w art. 2 ust. 2 rozporządzenia. Zgodnie bowiem z wykładnią funkcjonalną treści wspomnianego przepisu, należy brać pod uwagę normy moralne, zasady sprawiedliwości, słuszności, konsekwencje społeczne i ekonomiczne i wybrać taką interpretację, która będzie najkorzystniejsza. Należy powołać się na tzw. ratio legis, a więc cel regulacji prawnej, a nie wyłącznie na językowe znaczenie słów zawartych w przepisie.

Podniósł, że niewątpliwym celem ustawodawcy przy konstrukcji art. 2 ust. 2 rozporządzenia było określenie okresu ważności wymaganych na mocy art. 2 ust. 1 dokumentów, które w myśl intencji powinny mieć ważność tożsamą z podobnymi dokumentami wystawianymi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. W przypadku jednak przedłożenia dokumentu o przedłużonej ważności, stwierdzonej na samym dokumencie, cel ustawodawcy również został spełniony, albowiem zaświadczenie, pomimo jego wystawienia przed terminem określonym w art. 2 ust. 2 rozporządzenia, nadal pozostaje w mocy i nadal stwierdza okoliczności w nim zadeklarowane.

W ocenie protestującego, zamawiający w obliczu uzyskania od wykonawcy dokumentu w postaci zaświadczenia Naczelnika Wydziału Bezpieczeństwa Społecznego (odpowiednik polskiego ZUS) wystawionego dla spółki EMSA w dacie 27 sierpnia 2008 roku stwierdzającego, iż na dzień wystawienia oraz przez okres 6 miesięcy od daty wystawienia spółka nie ma i nie będzie mieć zaległości z tytułu należnych składek na ubezpieczenie społeczne, powinien zamiast wzywać do uzupełnienia dokumentu, wystawionego na trzy miesiące przed datą składania wniosków, zwrócić się do wykonawcy z zapytaniem o wyjaśnienie, czy w istocie zaświadczenie przedłożone do wniosku jest dokumentem ważnym i prawidłowo wystawionym w kraju siedziby.

Ponadto, powołując się na wyrok Zespołu Arbitrów stwierdził, że "Zamawiający w przypadku, kiedy w postępowaniu ofertę składa podmiot zagraniczny, ma obowiązek sprawdzenia, czy w jego macierzystym kraju są wystawiane dokumenty odpowiadające dokumentom wskazanym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane" (sygn. akt UZP/ZO/0-1153/07).

Zdaniem protestującego, w przedmiotowym stanie faktycznym nie dość, iż zamawiający pominął kwestię wyjaśnień przedłożonych do wniosku dokumentów, to posłużył się arbitralną wykładnią treści dołączonego dokumentu, naruszając w ten sposób zasady prawa zamówień publicznych. Gdyby bowiem zamawiający oparł się na wyjaśnieniach, przedłożonych przez konsorcjum wraz z zaświadczeniem portugalskiego odpowiednika ZUS, stałoby się oczywistym, iż po pierwsze przedłożony dokument zachował ważność, pomimo upływu terminu polskiej regulacji ustawy Pzp, po drugie uzyskanie przedmiotowego dokumentu jest możliwym wyłącznie co pół roku, co jednocześnie wyklucza możliwość przedłożenia aktualniejszej aniżeli przedstawiona wersja zaświadczenia. Protestujący nie zgodził się, iż wobec takiej, a nie innej regulacji prawnej, określającej ważność i tryb wydawania dokumentu, zaistniały przesłanki z art. 2 ust. 3 rozporządzenia, prowadziłyby to bowiem to swoistego sprzężenia zwrotnego, zgodnie z którym w zależności od potrzeb zamawiający dowolnie mógłby żądać od wykonawcy, bądź to zaświadczenia ZUS, bądź to oświadczenia złożonego przed notariuszem. Efektem tego byłby wyłącznie wniosek, iż wobec nie przedłożenia zaświadczenia, które jednak jest wydawane ofertę wykonawcy należało odrzucić, lub też w przypadku przedłożenia zaświadczenia bez oświadczenia przed notariuszem wykonawcę należało wykluczyć, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Reasumując protestujący stwierdził, iż zaświadczenia stwierdzające brak zaległości w stosunku do odpowiednika ZUS dla siedziby spółki EMSA są wydawane w kraju siedziby spółki EMSA, jednakże ich ważność wynosi 6 miesięcy. Skoro zatem przepisy rozporządzenia jak i ustawy Pzp nie przewidują konsekwencji negatywnych w postaci wykluczenia z postępowania wykonawcy przedkładającego ważny dokument, stwierdzający brak zobowiązań wobec właściwego ZUS, samo wykluczenie, pomimo nie spełnienia warunku trzymiesięcznej ważności dokumentu, nie może mieć miejsca.

W kwestii związanej z interpretacją treści "oświadczenia na honorze" złożonego przed notariuszem Goncalo S. C. przez członków Zarządu ESLI - Parques de Estacionamento S.A. w dniu 23 stycznia 2009 roku, protestujący stwierdził, że tożsame zaświadczenie w dokładnie takiej samej formie zostało już zamawiającemu przedłożone w ramach wcześniej unieważnionego postępowania o tym samym przedmiocie,

a zamawiający je zaakceptował.

Zgodnie z treścią dokumentu, członkowie zarządu ESLI - Parques de Estacionamiento S.A. oświadczyli, iż na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wobec ESLI - Parques de Estacionamiento S.A. nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówieni publiczne. Oświadczenie to zostało sporządzone w formie pisemnej na papierze firmowym spółki, przed notariuszem Goncalo S. C. Zgodnie z dokumentem dołączonym przez notariusza G. S. Cruz członkowie zarządu, w obecności notariusza przedłożyli przedmiotowe oświadczenie, po czym po odczytaniu złożyli pod nim w obecności notariusza podpisy. Notariusz dodatkowo zweryfikował dane rejestrowe spółki ESLI Parques de Estacionamiento S.A., stwierdzając w tym samym dokumencie, iż składające przedmiotowe oświadczenie osoby są umocowane do jego podpisania.

Zdaniem protestującego, wymóg złożenia oświadczenia przed notariuszem nie określa formy takowego oświadczenia, a tym bardziej nie odnosi się do weryfikacji jego treści przez organ lub instytucję, przed którym jest ono składane. Podkreślił, że intencją ustawodawcy było wyłącznie określenie kręgu podmiotów uprawnionych do przyjęcia stosownego oświadczenia bez wgłębiania się w weryfikację jego treści. Dodatkowo wskazał, że również forma samego oświadczenia jest zgodnie z intencją ustawodawcy dowolna, ponieważ mowa jest o oświadczeniu złożonym przed notariuszem, a nie w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi, czy w formie aktu notarialnego. Powołał się na wyrok KIO, zgodnie z którym "z rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wynika konieczność składania przez wykonawcę zagranicznego oświadczenia w formie aktu notarialnego" (sygn. akt KIO KIO/UZP 297/08).

Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że:

odnośnie zarzutu naruszenia § 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia, poprzez błędne przyjęcie nieważności przedłożonego dokumentu oraz stwierdzenie, że w kraju siedziby członka konsorcjum (EMSA) nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz błędne przyjęcie, iż celem wykazania się przez członka konsorcjum, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, koniecznym było oprócz przedłożenia stosownego zaświadczenia właściwego organu, również oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia

Zamawiający podniósł, iż rozporządzenie wyraźnie wskazuje, że przedmiotowy dokument powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powołując się na wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 637/08 oraz KIO/UZP 659/08, stwierdził, że wymóg aktualności określony w rozporządzeniu odnosi się wyłącznie do daty jego wystawienia. Natomiast protestujący do wniosku dołączył zaświadczenie wystawione w dniu 27 sierpnia 2008 r., a więc wydane wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. We wniosku znajdowała się również informacja, że według prawa portugalskiego, zaświadczenie o niezaleganiu z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne wystawia się jedynie co 6 miesięcy i nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia aktualnego w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia. Zamawiający podał, że informację tą zweryfikował w innych źródłach jako prawdziwą.

Zamawiający podniósł, że wykładnia systemowa oraz funkcjonalna przywołanych przepisów wskazuje, że w sytuacjach, w których co prawda w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wydaje się dokumenty, o których mowa w ust. 1 rozporządzenia, ale zarazem przepisy obowiązujące w kraju pochodzenia osoby lub miejsca zamieszkania uniemożliwiają uzyskanie takich dokumentów, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastosowanie znajdzie regulacja przewidziana w § 2 ust. 3 rozporządzenia. W ocenie zamawiającego, tylko przy takiej interpretacji możliwym jest zachowanie zasady równego traktowania wykonawców podczas czynności związanych z badaniem, czy określony wykonawca nie podlega wykluczeniu. W tej sytuacji bowiem wszyscy wykonawcy zobowiązani są przedłożyć dokumenty wystawione nie wcześniej niż przed jednakowo dla wszystkich ustaloną datą.

Taka interpretacja, w ocenie zamawiającego, znajduje odzwierciedlenie w zachowującym aktualność orzecznictwie Zespołów Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/0-2940/06), gdzie za prawidłowe uznano postępowanie zamawiającego, który przyjmując od wykonawcy dokument wystawiony wcześniej niż wymaga to przepis § 2 ust. 2 rozporządzenia, przyjmował zarazem oświadczenie, o jakim mowa w § 2 ust. 3 tego rozporządzenia.

Zwrócił uwagę, że w złożonym przez protestującego wniosku - na stronach 170 - 179 został dołączony dokument złożony przez MOTA - ENGIL z siedzibą w Portugalii, zawierający zarówno oświadczenie złożone przed notariuszem w formie aktu notarialnego jak i kopię zaświadczenia wydanego przez Wydział Zabezpieczenia Społecznego w dniu 25 czerwca 2008r.

odnośnie kwestii zaniechania zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia, w jakich terminach wydawane są, zgodnie z przepisami prawa portugalskiego określone dokumenty

Zamawiający wyjaśnił, że nie uznał za konieczne zwracanie się o wyjaśnienia w tej materii, gdyż złożone dokumenty nie mogły być uznane za prawidłowe w świetle przywołanych przepisów i ich

interpretacji wynikającej z orzecznictwa. Wskazał, że w doktrynie norma określona w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest rozumiana jako uprawnienie zamawiającego do żądania wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Ta interpretacja jest też zgodna z brzmieniem art. 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

odnośnie zarzutu naruszenia § 2 ust. 3 rozporządzenia, poprzez błędne przyjęcie, iż celem wykazania się przez spółkę ESLI, iż nie zakazano spółce ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, koniecznym było przedłożenie zamawiającemu oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w formie aktu notarialnego

Zamawiający wyjaśnił, że nie wymagał oświadczenia protestującego w formie aktu notarialnego, a jedynie oświadczenia złożonego przed notariuszem (ewentualnie przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego), które to oświadczenie winno być adekwatne do oświadczenia składanego przed notariuszem na podstawie prawa polskiego. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-658/07, zgodnie z którym: "W świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenie oświadczenia. Okoliczności te winny być stwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego. Natomiast oświadczenia złożone na podstawie obcego prawa powinny być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego".

Podniósł, że w niniejszej sprawie nie można uznać, że notarialne poświadczenie podpisów reprezentantów spółki ESLI, połączone ze stwierdzeniem ich należytego umocowania do składania oświadczeń w imieniu w/w podmiotu jest adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego w przedstawionym wyżej zakresie. Treść notarialnego poświadczenia podpisów nie daje bowiem podstaw do przyjęcia, że oświadczenie złożone zostało w obecności notariusza oraz, że notariusz zrozumiał jego treść. Zarazem na istnienie różnicy pomiędzy poświadczeniem podpisów a złożeniem oświadczenia wobec notariusza, także na gruncie prawa portugalskiego, wskazują inne oświadczenia składane przed notariuszem, a przedłożone przez protestującego. Tak więc przedłożone oświadczenie nie spełnia wymogów co do formy określonej w § 2 ust. 3 rozporządzenia. W uzupełnieniu zamawiający wskazał, że przedłożone odpisy nie pozwalają stwierdzić fizycznej, czy też jednoznacznej treściowej więzi pomiędzy oświadczeniem, a poświadczeniem podpisów - a zatem nie jest możliwym ustalenie, że oświadczenie dotyczy akurat tego dokumentu, jaki został przedłożony zamawiającemu w uzupełnieniu wniosku. Zamawiający dodał, że nie jest związany oceną dokumentów przeprowadzoną

w innym postępowaniu oraz wyjaśnił powody, dla których uznał wówczas złożone dokumenty za prawidłowe.

odnośnie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców

Zamawiający podniósł, że protestujący nie może domniemywać jakie dokumenty złożyli inni wykonawcy, tym bardziej, że protestujący nie skorzystał ze swoich uprawnień i możliwości zapoznania się z wnioskami innych wykonawców.

W odwołaniu konsorcjum dodatkowo zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez rozstrzygnięcie tylko części zgłoszonych w proteście zarzutów.

Odwołujący podniósł, że literalna interpretacja przepisu § 2 ust. 3 rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, że procedura składania oświadczeń przed notariuszem znajduje zastosowanie, w przypadku, gdy „nie *wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1*”. Ustęp 1 § 2 w zakresie dotyczącym niniejszej sprawy w pkt. 1 lit b) mówi jedynie o dokumentach potwierdzających fakt nie zalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Dopiero ustęp 2 § 2 rozporządzenia wprowadza wymaganie w postaci wystawienia przedmiotowego dokumentu nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co uzasadnia twierdzenie, że § 2 ust. 3 znajduje zastosowanie tylko w sytuacji, kiedy w miejscu, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów w ogóle, a nie w sytuacji, kiedy wydaje się takie dokumenty, które jednak nie spełniają wymagań z § 2 ust. 2 w zakresie wymienionych tam okresów. Podniósł także, że gdyby wolą ustawodawcy było stosowanie § 2 ust. 3 do zaświadczeń niespełniających wymagań z § 2 ust. 2 rozporządzenia, to wynikałoby to wprost z brzmienia tego przepisu.

W ocenie odwołującego, istnieje luka prawna dla następującego przypadku - w kraju wykonawcy istnieje instytucja stanowiąca odpowiednik polskiej instytucji i wydaje zaświadczenia tożsame do polskich zaświadczeń. Różnica polega jednak na okresie ważności obu dokumentów i trybie ich wydawania: w kraju wykonawcy można uzyskać jedno zaświadczenie ważne 6 miesięcy (stwierdzające jednak okoliczności wymagane polskim prawem), a w Polsce tożsame zaświadczenie można uzyskać w nieograniczonej ilości, ale ważne tylko 3 miesiące. Powyższe wcale nie uzasadnia stosowania § 2 ust. 3, ponieważ przepis ten tej sytuacji nie reguluje. Rozporządzenie w ogóle nie przewiduje opisaną powyżej sytuację, a w związku z tym interpretować

należy obowiązującą regulację celowościowo.

Wskazał, że celem wprowadzonego przez § 2 ust. 1 pkt. 1 lit b) rozporządzenia wymagania jest uzyskanie przez zamawiającego przekonania (o wysokim stopniu prawdopodobieństwa), że wykonawca nie zalega z uiszczeniem opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty. Okoliczność ta bowiem przesądza w pewnym stopniu o potencjale ekonomicznym wykonawcy, co ma z kolei stanowić gwarancję realizacji zamówienia. Odwołujący stwierdził, że jeżeli zatem odpowiednik polskiego ZUS-u w Portugalii wydaje zaświadczenie stwierdzające okoliczności wymagane przez polskie prawo, to nie ma podstaw do stosowania § 2 ust. 3 rozporządzenia. Jeżeli w ocenie zamawiającego to zaświadczenie jest nieaktualne (na podstawie §2 ust. 2 rozporządzenia) to wzywa wykonawcę do przedłożenia zaświadczenia aktualnego. Jeżeli ten wyjaśnia obiektywną niemożliwość uzyskania takiego oświadczenia, to albo zamawiający uznaje te wyjaśnienia, albo nadal prowadzi postępowanie wyjaśniające wszystkimi dostępnymi środkami. Nie ma jednak żadnych prawnych podstaw do wykluczenia takiego wykonawcy na podstawie nie złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia.

Odnosnie oświadczenia członka konsorcjum – spółki ESLI w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że warunkiem zastosowania § 2 ust. 3 rozporządzenia jest ustalenie, że w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 § 2. Oznacza to po pierwsze, że wykonawca nie może dowolnie, według swojej decyzji wybierać, czy wygodniej jest mu zwrócić się do właściwej instytucji o wydanie zaświadczenia, czy też udać się do notariusza, aby złożyć wymagane oświadczenie. Złożyć oświadczenie przed notariuszem może tylko wtedy, kiedy w jego kraju nie wydaje się w ogóle zaświadczeń, o których mowa w § 2 ust.1. Aby jednak okoliczność ta mogła być zweryfikowana przez innych uczestników postępowania ustalenia w tym zakresie powinien dokonać organ prowadzący postępowanie. Wniosek ten płynie z dyrektywy zawartej w art. 7 ustawy Pzp, nakazującej zamawiającemu prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie przeprowadził żadnych ustaleń dotyczących portugalskiego odpowiednika polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Zamawiający nie mógł zatem stwierdzić naruszenia § 2 ust. 3 rozporządzenia, ponieważ nie ustalił, czy przepis ten w ogóle znajduje w przedmiotowym stanie faktycznym zastosowanie.

Zamawiający, dokonując także interpretacji § 2 ust. 3 rozporządzenia autorytarnie przesądził, co należy rozumieć przez złożenie oświadczenia przed

notariuszem, stwierdzając, że jedyną dopuszczalną formą jest forma aktu notarialnego. Odwołujący podkreślił, że jest to stanowisko dyskusyjne i nie wynika z literalnego brzmienia § 2 ust. 3 rozporządzenia. Bezspornym natomiast jest, że § 2 ust. 3 nie zawiera tak kategorycznego wymagania, mówiąc jedynie o wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem. Powołał się na wyrok KIO, zgodnie z którym "z rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wynika konieczność składania przez wykonawcę zagranicznego oświadczenia w formie aktu notarialnego" (sygn. akt KIO/UZP 297/08). Wydaje się, że przepis § 2 ust. 3 uwzględnia cel, dla którego rozporządzenie wydano, a mianowicie próbę interpretacji dokumentów pochodzących z różnych krajów Unii Europejskiej zgodnie z wymaganiami polskiego prawa. Niewątpliwym celem wymagania w postaci złożenia oświadczenia przed notariuszem jest nadanie temu oświadczeniu formy solennej. Brak jednak formy aktu notarialnego wcale nie oznacza, że oświadczenie nie ma mocy wymaganej przez § 2 ust. 3 rozporządzenia. Zdaniem odwołującego, wniosek taki płynie też z przywołanego przez zamawiającego wyroku Zespołu Arbitrów, z którego wcale nie wynika konieczność sporządzenia oświadczenia w formie aktu notarialnego, a jedynie konieczność *"zrozumienia przez notariusza treści składanego oświadczenia"*. Podał, że praktyką notariatów portugalskich jest, że treść każdego dokumentu tam sporządzanego jest badana przez notariusza i nie ma żadnej możliwości wystawienia dokumentu przez notariusza bez jego wcześniejszego odczytania.

Odwołujący powołał się na Zasady Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego, stosowane także w Portugalii, które wykluczają wystawianie dokumentów w jakiegokolwiek formie bez zapoznania się z jego treścią przez notariusza.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zamawiający bezpodstawnie ustalił i przesądził, że zakwestionowane oświadczenie sporządzone zostało w obecności notariusza nie znającego jego treści, powołując się w tym zakresie na polską regulację w zakresie sporządzania dokumentów z podpisami notarialnie poświadczonymi, która w Portugalii nie obowiązuje.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż przyznanie przez zamawiającego błędu w postaci nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów innych aniżeli tych, których brak faktycznie stanowił podstawę wykluczenia, stanowi samoistną przesłankę do uwzględnienia zarówno protestu jak i odwołania. Nie jest bowiem dopuszczalne wywodzenie negatywnych skutków prawnych w stosunku do wykonawcy, w oparciu o błędne zastosowanie przepisów ustawy Pzp, odnoszące się do innego stanu faktycznego. Nie można przyjąć za prawidłowe zastosowanie ustawy, poprzez wezwanie konsorcjum do przedłożenia aktualnego zaświadczenia stwierdzającego, że konsorcjant – spółka EMSA nie zalega z uiszczaniem opłat oraz składek na

ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, po czym wykluczenie tegoż konsorcjanta z uwagi na brak przedłożenia, nie żądanego wcześniej oświadczenia złożonego przed notariuszem, stwierdzającego, iż spółka EMSA nie zalega z uiszczaniem opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne.

Zamawiający nie żądał przedłożenia oświadczenia złożonego przed notariuszem, nie oświadczył również, wbrew obowiązкови, iż uznaje przedłożony dokument zaświadczenia z portugalskiego odpowiednika ZUS, jako okoliczność, iż w kraju siedziby konsorcjanta nie wystawia się tożsamych zaświadczeń. Zamawiający zażądał wyłącznie uzupełnienia aktualnego zaświadczenia z odpowiednika polskiego ZUS. Zamawiający wezwał więc konsorcjum wyłącznie do uzupełnienia "aktualnych dokumentów", a po otrzymaniu informacji i wyjaśnień prawnych dokonał wykluczenia z postępowania z uwagi na brak przedłożenia innego - wcześniej nie żądanego dokumentu. Uzyskanie przez zamawiającego odpowiedzi, wykazującej błąd w wezwaniu powinno skutkować ponownym pismem, natomiast w żadnym wypadku nie powinno skutkować niezasadnym wykluczeniem z postępowania.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający odniósł się wyłącznie do części zarzutów podniesionych w proteście, a mianowicie do zarzutów uchybienia treści art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia, natomiast zarzuty dotyczące uchybień formalnych zastosowanych przy trybie wezwania, a polegających na błędnym wezwaniu konsorcjum do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechaniu trybu wezwania do złożenia wyjaśnień jak i błędnych założeń co do stanu prawnego konsorcjantów zostały całkowicie przez zamawiającego pominięte. W ocenie odwołującego fakt ten stanowi dodatkowe naruszenie formalne samoistnie uzasadniające uwzględnienie odwołania.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający, miast uprzednio zbadać tryb wydawania stosownych zaświadczeń w kraju siedziby konsorcjanta i ewentualnie wezwać do przedłożenia stosowanego oświadczenia złożonego przed notariuszem, wezwał do uzupełnienia aktualnego dokumentu zaświadczenia z ZUS, w którego posiadaniu był już na etapie wezwania. Jednocześnie powziąwszy informacje o aktualności dokumentu zamawiający, wbrew wszelkim regułom interpretacyjnym wyprowadził wniosek, iż dokument tożsamy z polskim odpowiednikiem, lecz o przedłużonej aktualności, to dokument inny od wystawianego w Polsce, a zatem to w gestii konsorcjum było zrozumienie, iż zamiast żądanego aktualnego zaświadczenia z ZUS, zamawiający oczekiwał stosownego oświadczenia złożonego przed notariuszem.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane (2008-S 192-253657 z dnia 03.10.2008r.), wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pisma zamawiającego, wzywającego odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dnia 30 grudnia 2008r., pisma odwołującego uzupełniającego dokumenty z dnia 29 stycznia 2009r., pisma zamawiającego z dnia 9 lutego 2009r., informującego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępujących, przedstawionych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, przystąpieniach, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, oznaczałoby dla niego możliwość zakwalifikowania się do dalszego udziału w postępowaniu i szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujące istotne dla rozpoznania sprawy fakty:

1. Zgodnie z sekcją III.1.1) Ogłoszenia o koncesji na roboty, wykonawcy mieli obowiązek złożyć:
 - 1.1. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - 1.2. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp,
 - 1.3. jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast powyższych dokumentów wykonawcy mieli obowiązek złożyć dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsca zamieszkania, potwierdzające

odpowiednio, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

- 1.4. dokument lub dokumenty dotyczące opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne miał być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - 1.5. dokument lub dokumenty dotyczące art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp miał być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - 1.6. jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się powyższych dokumentów wykonawca miał obowiązek zastąpić je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsca zamieszkania.
2. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został wyznaczony na dzień 16.12.2008r.
3. W zakresie zakwestionowanych przez zamawiającego dokumentów odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył:
- 3.1. oświadczenie z dnia 27.08.2008r., wydane przez Urząd Bezpieczeństwa Społecznego, Instytut Bezpieczeństwa Społecznego, że EMSA Empreendimentos e Eploracao de Estacionamentos S.A. (dalej spółka EMSA) posiada sytuację składkową uregulowaną w stosunku do Wydziału Bezpieczeństwa Społecznego; w oświadczeniu zawarto również informację, że jest ono ważne przez okres sześciu miesięcy, licząc od daty jego wystawienia; oświadczenie zostało złożone wraz z uwierzytelnieniem notariusza, że kopia oświadczenia jest zgodna z okazanym notariuszowi oryginałem, oba dokumenty zostały przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego języka portugalskiego (str. 214 – 218 wniosku odwołującego),

- 3.2. oświadczenie na honorze reprezentantów ESLI - Parques de Estacionamiento S.A. (dalej spółka ESLI), że nie została wydana żadna decyzja sądowa zabraniająca tej spółce uczestniczenia w przetargach publicznych lub prywatnych z dnia 28.10.2008r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym (str. 261 – 263 wniosku odwołującego).
4. Pismem z dnia 30.12.2008r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. m.in.:
 - 4.1. w stosunku do spółki EMSA - aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że spółka EMSA nie zalega z uiszczaniem opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności; zamawiający poinformował jednocześnie, że odwołujący przedłożył oświadczenie Wydziału Zabezpieczenia Społecznego wydane w dniu 27.08.2008r., a więc wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - 4.2. w stosunku do spółki ESLI - aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp; zamawiający poinformował jednocześnie, że przedłożony przez odwołującego dokument (oświadczenie członków zarządu spółki) nie jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego,
 - 4.3. zamawiający zawarł również w treści pisma uwagę: „Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenie osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”.
5. Pismem z dnia 29.01.2009r., odpowiadając na wezwanie zamawiającego, odwołujący:
 - 5.1. odnośnie kwestionowanego dokumentu w przypadku spółki EMSA wyjaśnił, że dołączony do wniosku dokument zaświadczenia wydany w dniu 27.08.2008r. przez Wydział Bezpieczeństwa Społecznego, zachowuje ważność przez 6 miesięcy od daty wystawienia; oświadczył, że zgodnie z prawem

obowiązującym w miejscu siedziby Urzędu, ubieganie się o nowy dokument jest możliwym wyłącznie po wygaśnięciu ważności zaświadczenia dotychczas wystawionego; na tą okoliczność załączył opinię prawną, sporządzoną przez adwokata Nuno Silva oraz oświadczenie właściwego Wydziału Bezpieczeństwa Społecznego,

- 5.2. odnośnie kwestionowanego dokumentu w przypadku spółki ESLI złożył oświadczenie własne z dnia 23.01.2009r. dwóch członków zarządu spółki ESLI, sporządzone w języku portugalskim wraz z tłumaczeniem na język polski, potwierdzonym przez dwóch członków zarządu Pedro F. oraz Paulo S., zgodnie z którym do dnia 16.12.2008r. w stosunku do firmy ESLI nie została wydana żadna decyzja sądu, która uniemożliwiłaby uczestnictwo tej firmy w przetargach publicznych lub prywatnych; na rozprawie odwołujący okazał składowi orzekającemu Izby oraz zamawiającemu oryginał dokumentu, tj. dwie karty, jednostronnie zapisane, połączone ze sobą dwoma zszywkami, a także na drugiej, nie zapisanej stronie oświadczenia członków zarządu spółki i zapisanej stronie. potwierdzającej podpisy, pieczęcią notariusza. Zgodnie z tłumaczeniem karty drugiej, potwierdzonym przez dwóch członków zarządu Pedro F. oraz Paulo S., notariusz w dniu 23.01.2009r. poświadczył podpisy złożone na załączonym dokumencie przez wskazane tam osoby, których tożsamość sprawdził na podstawie okazanych mu dowodów osobistych, a które występują w charakterze członków zarządu, posiadających wystarczające umocowanie do występowania w niniejszym akcie, które to umocowanie zweryfikował na podstawie Stałego Zaświadczenie o wskazanym kodzie dostępu.
6. Pismem z dnia 09.02.2009r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3,9 i 10 ustawy Pzp, uzasadniając swoją decyzję (odnośnie spółki EMSA) tym, że odwołujący winien w uzupełnieniu dokumentów przedłożyć oświadczenie złożone przez notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenie osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, czego nie uczynił oraz (odnośnie spółki ESLI) tym, że treść notarialnego poświadczenia podpisów nie daje podstaw do przyjęcia, że oświadczenie zostało złożone w obecności notariusza oraz, że notariusz zrozumiał jego treść, co oznacza, że oświadczenie nie spełnia wymogów co do formy określonej w § 2 ust. 3 rozporządzenia. Zamawiający dodał, że przedłożone odpisy nie pozwalają stwierdzić fizycznej, czy też jednoznacznej

treściowej więzi pomiędzy oświadczeniem, a poświadczeniem podpisów, a zatem nie jest możliwym ustalenie, że poświadczenie dotyczy akurat tego dokumentu, który został przedłożony zamawiającemu.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest prawidłowość dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, potwierdzających warunek niezalegania z opłatami oraz składkami na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, a także potwierdzających warunek, że w stosunku do podmiotu zbiorowego sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia w sytuacji, gdy podmiotem ubiegającym się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest wykonawca - konsorcjum, którego członkami są m.in. podmioty zagraniczne, tj. firmy portugalskie.

W ocenie składu orzekającego Izby, z treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać zamawiającego od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane wynika:

1. zamawiającemu nie wolno od podmiotów zagranicznych żądać dokumentu lub dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. b) i c), tj. że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz, że w stosunku do wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie oraz jednocześnie dokumentu, zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, co wynika z użytego w § 2 ust. 3 sformułowania: „zastępuje się”,
2. zamawiającemu wolno żądać od podmiotów zagranicznych dokumentu, zawierającego oświadczenia złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. b), tj. że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, niezależnie od tego, kiedy ten dokument zostały wystawiony, co wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, tj. braku wskazania w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. b) jakiegokolwiek terminu, w jakim wystawiany dokument zachowuje ważność; przepis ust. 2 § 2 stosuje się w takim przypadku odpowiednio do terminu złożenia dokumentu

zawierającego oświadczenia przed wskazanym podmiotem, np. notariuszem. Brak wskazania w treści rozporządzenia terminu ważności dokumentu wystawianego przez odpowiedni organ oznacza, w braku innych regulacji prawnych, że ważność takiego dokumentu winna być respektowana, tak jak jest to respektowane w kraju wystawcy dokumentu; przemawia za tym także fakt niedopuszczenia przepisami rozporządzenia możliwości zamiennego składania dokumentu pochodzącego od uprawnionego organu lub oświadczenia wykonawcy - innymi słowy, oświadczenie samego wykonawcy jest najmniej pożądanym dokumentem z punktu widzenia weryfikacji warunków udziału w postępowanie w rozpatrywanym zakresie,

3. zamawiający ma prawo i obowiązek sprawdzić, w przypadku stwierdzenia braku dokumentu adekwatnego, czy oświadczenie zastępujące dokument zostało złożone przez uprawnioną ze strony wykonawcy osobę oraz, czy stało się to przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, co wynika ze sformułowania zawartego w § 2 ust. 3: „zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem”; brak przy tym jakichkolwiek podstaw do oceny składanych oświadczeń według ustawy z dnia 14 lutego 1991 roku Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2008r. Nr 189 poz. 1158) lub innych obowiązujących w Polsce przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, skład orzekającego Izby uznał, że odwołujący w prawidłowy sposób wykazał warunek nie zalegania przez członka konsorcjum - spółkę EMSA z siedzibą w Portugalii z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, poprzez złożenie oświadczenia z dnia 27.08.2008r., wydanego przez Urząd Bezpieczeństwa Społecznego, Instytut Bezpieczeństwa Społecznego, zgodnie z którym EMSA posiada sytuację składkową uregulowaną w stosunku do Wydziału Bezpieczeństwa Społecznego, ponieważ jak powyżej wskazano, sam fakt wydawania dokumentu w tej materii przesądza o braku możliwości weryfikacji warunku w inny sposób, tj., poprzez oświadczenie własne wykonawcy, złożone przed wskazanymi w § 2 ust. 3 rozporządzenia podmiotami. Ważność przedłożonego zaświadczenia została wskazana wprost w tym dokumencie przez jego wystawcę – organ uprawniony, wynosi 6 miesięcy i brak jest podstaw, aby ważność tę podważyć.

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyższe rozważania, uznał także, że odwołujący w prawidłowy sposób wykazał warunek, że nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie wobec członka konsorcjum – spółki ESLI.

W ocenie składu orzekającego Izby, należy uznać, że oświadczenie, złożone w wyniku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu, przez osoby uprawnione do działania w imieniu spółki ESLI zostało złożone przed notariuszem.

Świadczy o tym:

1. to, że zarówno oświadczenie własne osób uprawnionych ze strony spółki ESLI, jak i poświadczenie notariusza nastąpiło w dniu 23.01.2009r. ,
2. to, że obie osoby uprawnione ze strony spółki ESLI stały się w tym dniu przed notariuszem, o czym świadczy fakt ustalenia przez notariusza tożsamości tych osób na podstawie okazanych mu dowodów osobistych,
3. to, że notariusz wskazał, że poświadczają złożone podpisy; oznacza to, że podpisy te zostały złożone w obecności notariusza, w innym bowiem przypadku notariusz poświadczaliby kopię dokumentu z okazanym mu oryginałem,
4. to, że poświadczenie podpisów dotyczy oświadczenia własnego osób uprawnionych ze strony spółki ESLI , a nie jakiegoś innego dokumentu, o czym przesądza fakt, że oryginał dokumentu stanowi nierozzerwalną całość (połączenie obu kart, tj. zarówno oświadczenia jak i poświadczenia notariusza jego pieczęcią oraz trwałe ich złączenie).

W sytuacji zatem braku wymagań co do sposobu składania oświadczeń przed notariuszem oraz braku odesłania do odpowiedniego choćby stosowania przepisów Prawa o notariacie, czy innych obowiązujących w Polsce ustaw lub aktów niższej rangi, stwierdzić należy, że złożone przez odwołującego oświadczenie czyniło zadość wymogowi, aby oświadczenie to zostało złożone przed notariuszem. Brak jest jakichkolwiek powodów, aby przypuszczać, że inne osoby, niż te których podpisy znajdują się na oświadczeniu stały się przed notariuszem w dniu 23.01.2009r. z oświadczeniem, na którym już znajdowały się podpisy tych osób oraz z dowodami osobistymi tych osób. Niezależnie od szczegółowych uregulowań prawnych w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej, odnoszących się do notariuszy, nie sposób kwestionować, aby w krajach tych nie zachowano charakteru działania notariusza, tj. jako osoby zaufania publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby, wątpliwości zamawiającego, czy przedłożone odpisy stanowią nierozzerwalną całość („nie pozwalają stwierdzić fizycznej, czy też jednoznacznej treściowej więzi pomiędzy oświadczeniem, a poświadczeniem podpisów”),

wobec bezspornego złożenia samych kopii dokumentów, zamawiający mógł wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania, że odwołujący złożył prawidłowe dokumenty, które potwierdzały spełnienie przez niego kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym, że zamawiający naruszył przepisy § 2 ust. 1 - 3 rozporządzenia. Bezpodstawne wykluczenie odwołującego przesądza jednocześnie o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że uznanie przez zamawiającego, że odwołujący złożył nieprawidłowe dokumenty mogłoby ewentualnie stanowić podstawę jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, nie zaś, jak uczynił to zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3), 9) i 10) ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby bez rozpoznania pozostawił zarzut nieprawidłowego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. z naruszeniem przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Prawo złożenia protestu na tę czynność zamawiającego przysługiwało odwołującemu w terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów, a zatem do dnia 09.01.2009r. skoro wezwanie dotarło do odwołującego w dniu 30.12.2008r. faksem. Podniesienie tego zarzutu w proteście wniesionym w dniu 16.02.2009r. należy więc uznać za spóźnione.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że zarzut nieprawidłowego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. z naruszeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie wyczerpywał zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu, Izba nie miała podstaw do odrzucenia odwołania w całości na posiedzeniu, jednak ze względu na wskazany powyżej przepis ustawy pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*