

WYROK
z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2012 r. przez wykonawcę

Enerchan Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin

w postępowaniu prowadzonym przez

Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.

ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy **Stalbud Tarnów Sp. z o.o. Mikołajowice 221, 33-121 Bogumiłowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TECHMADEX S.A. ul. Migdałowa 91, 02-796 Warszawa, GP Energia Sp. z o.o. ul. Pułaskiego 26C/2, ATREM S.A. ul. Czołgowa 4, Złotniki 62-002 Suchy Las** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław, PGNiG TECHNOLOGIE S.A. ul. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, PGNiG S.A. Oddział Centralne Laboratorium Pomiarowo-Badawcze ul. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o.**

ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ujawnienie pełnej treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TECHMADEX S.A., GP Energia Sp. z o.o. i ATREM S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Enerchan Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa na rzecz Enerchan Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę Laboratorium Wzorcowania Gazomierzy przy ciśnieniu roboczym na terenie TJE Hołowczyce pn. Opracowanie i wdrożenie technologii wzorcowania gazomierzy na średnim i wysokim ciśnieniu w systemie otwarto – zamkniętym” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 19 maja 2012 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 lipca 2012 r. odwołujący – Enercham Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu następujące naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Control Process S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, które zostały złożone w nieprawidłowej formie,
2. art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wyjaśnienia, który podmiot jest członkiem konsorcjum Gazoprojekt – zlikwidowany PGNiG Technologie Sp. z o. o. czy też PGNiG Technologie S.A. oraz wezwania konsorcjum Gazoprojekt do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania dotyczących PGNiG Technologie S.A., tj.: odpisu z KRS, z KRK, z Urzędu Skarbowego oraz z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
3. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Techmadex do uzupełnienia dokumentów, z których wynika umocowanie do udostępnienia zasobów w imieniu: Techcom Projekt s.c., Eda Serwis Sp. z o.o. i JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o.,
4. art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Techmadex do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których treść nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca warunki spełnia,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Techmadex z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia konsorcjum Gazoprojekt, które na wezwanie złożyło nieprawidłowe dokumenty

potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

6. art. 8 ust. 3 poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez konsorcjum Techmadex potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podczas rozprawy odwołujący wyjaśnił rozbieżność pomiędzy zarzutem i żądaniem oświadczając, że zarówno zarzut, jak i żądanie dotyczą ujawnienia wszystkich zastrzeżonych przez konsorcjum Techmadex dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny wniosków,
2. powtórnego przeprowadzenia czynności badania i oceny wniosków,
3. wezwania wykonawcy Control Process S.A. do uzupełnienia odpisów KRS podmiotów udostępniających zasoby w formie przewidzianej rozporządzeniem *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*,
4. wykluczenia konsorcjum Gazoprojekt z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie nakazanie wezwania konsorcjum Gazoprojekt do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia z postępowania, tj.: odpisu z KRS, z KRK, z Urzędu Skarbowego i z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych aktualnych na dzień składania wniosków dla PGNiG Technologie S.A. oraz pełnomocnictwa konsorcjalnego,
5. wykluczenia konsorcjum Techmadex z udziału w postępowaniu z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, z których wynika umocowanie do udostępnienia zasobów w imieniu Techcom Projekt s.c., Eda Serwis Sp. z o.o., JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o.,
6. wezwania konsorcjum Techmadex do złożenia wyjaśnień w sprawie doświadczenia Bożeny B.,
7. odtajnienia wykazu usług oraz referencji złożonych przez konsorcjum Techmadex.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy wykonawcy nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, albo złożą je w niewłaściwej formie, zamawiający wzywa wykonawców do złożenia ww. oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, we właściwej formie, w wyznaczonym przez siebie terminie.

W myśl § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz*

form, w jakich te dokumenty mogą być składane w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Zgodnie z sekcją VI.3) ust. 8 ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, był zobowiązany wykazać zamawiającemu, iż ww. zobowiązanie zostało podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji. Jak wynika ze złożonych przez Control Process S.A. dokumentów, odpisy z KRS dotyczące podmiotów udostępniających swoje zasoby Uni-Service Sp. z o.o. i Biuro Projektów Nafta-Gaz S.A. zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Control Process S.A. P..... B. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że dokumenty potwierdzające umocowanie do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów ww. spółek zostały złożone w nieprawidłowej formie, co rodziło po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsorcjum Gazoprojekt w odniesieniu do jednego z konsorcjantów raz składa dokumenty dotyczące PGNiG Technologie Sp. z o.o. (dokumenty podmiotowe), a raz PGNiG Technologie S.A. (referencje). Z pełnego odpisu z KRS PGNiG Technologie S.A. wynika, że 1 czerwca 2012 r. doszło do przekształcenia podmiotowego PGNiG Technologie Sp. z o.o. w PGNiG Technologie S.A. Jak wynika z art. 45 ust. 5 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, w przypadku przekształcenia, łączenia lub podziału podmiotu skutkującego jego likwidacją, wykreśleniem podmiotu oraz wpisem informacji, o których mowa w art. 44 ust. 1 pkt 4, następuje z urzędu. Sąd rejestrowy wpisujący skutki przekształcenia, łączenia lub podziału zawiadamia o tym sąd rejestrowy właściwy dla podmiotu podlegającego przekształceniom, przesyłając odpisy odpowiednich postanowień o wpisie do rejestru. PGNiG Technologie Sp. z o.o. uległa likwidacji, a w składzie konsorcjum znalazł się nowy podmiot, który nie istniał w chwili składania wniosku. Jak wynika z dokumentów postępowania PGNiG Technologie Sp. z o.o. umocowała Gazoprojekt S.A. jako pełnomocnika w przedmiotowym postępowaniu 28 maja 2012 r., jednakże 1 czerwca w wyniku przekształcenia spółka ta uległa likwidacji, a tym samym straciły ważność udzielone w jej imieniu pełnomocnictwa. Do wniosku nie załączono pełnomocnictwa dla Gazoprojekt S.A. od nowopowstałej spółki PGNiG Technologie S.A., stąd lider konsorcjum nie był należycie umocowany do reprezentacji wszystkich członków. Do wniosku załączono dokumenty podmiotowe dla PGNiG Sp. z o.o., a zatem dla spółki, która nie istniała w momencie składania wniosku, dokumenty te nie tylko nie były aktualne,

lecz w ogóle nie dotyczyły podmiotu, który ubiega się o zamówienie, zatem wykonawca nie przedstawił dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Z dokumentów złożonych przez konsorcjum Techmadex nie wynika, że zobowiązania do udostępnienia zasobów złożone wraz z wnioskiem Techcom Projekt s.c., Eda Serwis Sp. z o.o., JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. zostały podpisane przez osoby umocowane. Ponieważ dokumenty te nie są składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwaniu do przedłożenia dokumentów, z których będzie wynikać umocowanie.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez siebie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy pojawiają się wątpliwości dotyczące złożonych oświadczeń i dokumentów, przy czym mogą to być wątpliwości dotyczące zawartych w nich treści, jak i formy. Jak wynika z wykazu osób przedstawionego przez konsorcjum Techmadex B..... B. posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu rozbudowy systemu przesyłowego w celu dostarczania zwiększonych ilości paliwa gazowego do PKN Orlen w Płocku, o następujących parametrach: przepustowość 228.000 m³/h, oraz ciśnienie 5.5 MPa.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu osoby zdolne do wykonania zamówienia musiały legitymować się doświadczeniem w realizacji ściśle określonych rodzajów elementów instalacji przesyłowych gazu: laboratorium do wzorcowania gazomierzy, stacja gazowa lub tłocznia gazu o wskazanych w ogłoszeniu parametrach. Wobec powyższego należy stwierdzić, że zawarty w wykazie osób opis doświadczenia B..... B. nie pozwala na jednoznaczne uznanie, że posiada ona wymagane doświadczenie.

Konsorcjum Gazoprojekt na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przedstawiło referencje wystawione PGNiG Technologie S.A., a więc podmiotowi, który nie istniał w chwili, gdy była realizowana wskazana w referencjach usługa. Podmiot ten nie był też wskazany we wniosku jako będący członkiem konsorcjum albo udostępniający swoje zasoby. Skoro dokument ten był uzupełniany i nadal nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, należy uznać, że wykonawcy nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu,

w związku z czym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegają wykluczeniu.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania wniosków zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zgodnie z linią orzecniczą Sądu Najwyższego, aby informację można było zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona spełniać warunki: mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, nie być ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy spoczywa na podmiocie, który z działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w związku z czym to wykonawca, który zamierza utajnić informację, powinien wykazać, że zachodzą wobec niej ww. przesłanki. Konsorcjum Techmadex zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje o zdolności ekonomicznej, a także wykaz usług. To na wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W swojej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy, konsorcjum Techmadex stwierdziło, że informacja na temat zdolności ekonomicznej stanowi ze „swej natury” i „ponad wszelką wątpliwość” tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to twierdzenia, na podstawie których nie można uznać, że charakter informacji pozwala na jej zastrzeżenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum Techmadex twierdzi również, że ujawnienie tych informacji mogłoby przynieść mu szkodę, jednak nie wskazuje, jak miałyby do tego dojść. Informacje zawarte w wykazie usług, jakich żądał zamawiający, tj. przedmiotu zamówienia, w tym jego cech technicznych, wartości usługi, terminu realizacji co do zasady nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykaz usług obrazuje jedynie doświadczenie wykonawcy, nie zawiera informacji na temat sposobu zawierania umów, pozyskiwania klientów, czy innych danych, które mogą mieć wpływ na obecność wykonawcy na rynku. Niezależnie zatem od środków podjętych w celu jej utajnienia ze względu na swój charakter, informacje zawarte w wykazie nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania następująco uzasadniając swoje stanowisko.

W sekcji VI.3) pkt 1 ogłoszenia wskazał, iż zaleca składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na przygotowanych przez niego formularzach. We wzorze formularza „Wniosek”, z którego skorzystał Control Process S.A., w punkcie 3. dopuścił

możliwość, aby wykonawca wskazał imię i nazwisko osoby/osób uprawnionych do reprezentacji podmiotu, z którego zasobów korzysta oraz podstawę umocowania do reprezentacji lub nazwę organu uprawnionego do reprezentacji podmiotu, sposób reprezentacji oraz dane osób wchodzących w skład organu. Control Process S.A. wypełnił wniosek o wymagane informacje, z których wynika, iż uprawnionym do reprezentacji:

1. UNI-SERWIS Sp. z o.o. jest zarząd, podał sposób reprezentacji oraz skład osobowy zarządu. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało podpisane przez dwie osoby spośród wymienionych członków zarządu, zatem nie powinno być żadnych wątpliwości co do faktu, iż rzeczzone zobowiązanie zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby,

2. Biuro Projektów NAFTA-GAZ Sp. z o.o. jest zarząd, podał sposób reprezentacji oraz skład osobowy zarządu, z których wynika, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby.

Tym samym Control Process S.A. uczynił zadość wymaganiu określone w sekcji VI.3) pkt 8 ogłoszenia wykazując, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji podmiotu udostępniającego swe zasoby.

Co do poświadczenia przez Pawła B. dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających swe zasoby, przedłożone przez Control Process S.A. dokumenty, na które powołał się odwołujący, tj. odpisy z KRS, nie były wymagane przez zamawiającego i zostały przedłożone fakultatywnie, w charakterze informacyjnym, a w konsekwencji nie podlegały ocenie. Dodatkowo, zamawiający nie wymagał przedstawienia dla podmiotów trzecich dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, zatem nie ma podstawy prawnej do wymagania przedłożenia ww. dokumentów w prawidłowej formie i nie był zobowiązany do wezwania do uzupełnienia poświadczonych prawidłowo za zgodność z oryginałem odpisów z rejestru. Poza tym niezależnie od tego, przez kogo rzeczzone odpisy z KRS zostały poświadczane za zgodność z oryginałem, zawierają potrzebne informacje.

W kwestii PGNiG Technologie Sp. z o.o. i PGNiG Technologie S.A. – z przedstawionego przez odwołującego odpisu z KRS wynika, iż spółka PGNiG Technologie S.A. powstała w wyniku przekształcenia PGNiG Technologie Sp. z o.o. w spółkę akcyjną w trybie art. 551 w zw. z art. 557 Kodeksu spółek handlowych, na podstawie uchwały nr 1 nadzwyczajnego walnego zgromadzenia wspólników z 17 maja 2012 r. W ocenie odwołującego, na mocy art. 45 ust. 5 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, PGNiG Technologie Sp. z o.o. uległa

likwidacji, a w składzie konsorcjum Gazoprojekt znalazł się nowy podmiot, który nie istniał w chwili składania wniosku.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez: Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., PGNiG Technologie Sp. z o.o., PGNiG S.A. Oddział Centralne Laboratorium Pomiarowo – Badawcze oraz Z.W.U.G. Intergaz Sp. z o.o. Zamawiający powziął informację o przekształceniu PGNiG Technologie Sp. z o.o. dopiero z odwołania, co nie pozostaje jednak w sprzeczności z prawidłowo dokonaną przez zamawiającego oceną wniosku. Skutki przekształcenia spółek handlowych zostały uregulowane w ustawie Kodeks spółek handlowych. Zgodnie z art. 551 § 1 Kodeksu spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna (spółka przekształcana) może być przekształcona w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą). Spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia), jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną (art. 552 Kodeksu). Spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. Wspólnicy spółki przekształcanej uczestniczący w przekształceniu stają się z dniem przekształcenia wspólnikami spółki przekształconej (art. 553 Kodeksu).

Zatem przekształcenie spółki handlowej jest regulacją procesów transformacyjnych, która pozwoli zachować tożsamość podmiotową między osobami tworzącymi spółki oraz kontynuować prawa i obowiązki cywilnoprawne, polega na modyfikacji ustrojowej typu spółki bez zmiany przedmiotu jej działalności, sposobu jej prowadzenia oraz zmiany większości wspólników. Modyfikacja ta zakłada, że nie jest konieczne rozwiązanie dotychczasowej spółki i utworzenie na jej miejsce innej, nowej spółki, a zarówno przed, jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem (przedsiębiorcą), który jedynie zmienił formę.

Momentem przekształcenia jest dzień wpisu spółki przekształconej do rejestru. Wpis ten ma charakter konstytutywny dla nastąpienia przekształcenia formy prawnej spółki. Jednocześnie w momencie wpisu do rejestru spółki przekształconej sąd rejestrowy z urzędu wykreśla z tego rejestru spółkę przekształcaną w jednym postanowieniu dokonując wpisu do rejestru spółki przekształconej oraz wykreślenia z rejestru spółki przekształcanej. W tym samym więc momencie wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształconej przysługują spółce przekształcanej – nie doszło więc do likwidacji członka konsorcjum Gazoprojekt oraz powstania nowego podmiotu, lecz istnieje tożsamość tego podmiotu. Poza tym spółka przekształcona nie wstępuje, lecz jest cały czas podmiotem praw i obowiązków spółki

przekształcanej, a przekształcenie spółki nie pociąga za sobą żadnych zmian dla wierzycieli czy kontrahentów tej spółki. Należy jedynie poinformować kontrahentów o przekształceniach, w celu wystawiania dokumentów na podmiot we właściwej formie, a więc wyłącznie w celach informacyjnych, dla zachowania staranności wynikającej z profesjonalnego obrotu.

Zasada kontynuacji praw i obowiązków spółki przekształcanej i spółki przekształconej została m.in. uznana w sferze prawa podatkowego i wyrażona w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, gdzie w art. 93a § 1 pkt 1 zostało wskazane, iż osoba prawna zawiązana (powstała) w wyniku przekształcenia innej osoby prawnej wstępuje we wszelkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki przekształcanej osoby lub spółki.

Tym samym również ocena odwołującego, jakoby pełnomocnictwo z 28 maja 2012 r. udzielone BSiPG Gazoprojekt S.A. straciło ważność, a pełnomocnik nie był w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należycie umocowany, jest błędna. Pełnomocnictwo zostało udzielone 28 maja 2012 r. przez spółkę przekształcaną, a więc w momencie, gdy podmiot ten istniał. 1 czerwca 2012 r. prawa i obowiązki przysługujące PGNiG Technologie Sp. z o.o. wynikające z ww. pełnomocnictwa przeszły na PGNiG Technologie S.A., zatem pełnomocnictwo nie utraciło swej ważności, a zamawiający nie miał obowiązku wzywać do jego ponownego przedłożenia. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie z Urzędu Skarbowego oraz z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione na rzecz PGNiG Technologie Sp. z o.o., przedłożone wraz z wnioskiem potwierdzały na dzień składania wniosków, tj. 4 czerwca 2012 r. spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W stosunku do ww. dokumentów zostały zachowane wszelkie wymogi dotyczące dat wystawienia, zakresu i formy określonej w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Z dniem 1 czerwca 2012 r., na mocy powszechnie obowiązujących przepisów prawa, dokumenty te przestały potwierdzać sytuację faktyczną i prawną spółki przekształcanej, tj. PGNiG Technologie Sp. z o.o., a zaczęły być, zgodnie z zasadą kontynuacji, dokumentami właściwymi dla potwierdzenia, iż spółka przekształcona, tj. PGNiG Technologie S.A., nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Ponieważ skład zarządu spółki nie uległ zmianom, również zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego przedłożone dla członków organu zarządzającego PGNiG Technologie S.A. należy uznać za w pełni aktualne.

Wniosek złożony przez konsorcjum Gazoprojekt został podpisany 1 czerwca 2012 r. i w tym samym dniu sąd rejestrowy dokonał wpisu w rejestrze, zatem można przyjąć, iż w momencie przygotowywania i składania wniosku konsorcjum Gazoprojekt nie miało wiedzy, że sąd rejestrowy dokonał tego wpisu, a jednocześnie przed 1 czerwca 2012 r. nie mogło uzyskać dokumentów dla PGNiG Technologie S.A.

Tym samym przekształcenie nie miało wpływu na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konsorcjum Gazoprojekt przedstawiło dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zamawiający nie był obowiązany do wezwania do uzupełnienia ww. dokumentów.

Co do podstaw żądania od konsorcjum Techmadex wskazanych przez odwołującego dokumentów dotyczących podmiotów, na których zasobach będzie polegać, tj. Techcom Projekt s.c, Eda-Serwis Sp. z o.o. oraz JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. zamawiający przedstawił argumentację analogiczną jak przy dokumentach dotyczących Control Process S.A. – konsorcjum Techmadex dostosowało do stanu faktycznego formularz „Wniosek”, z którego wynikają zasady reprezentacji tych podmiotów. W związku z tym, nie powinno być żadnych wątpliwości co do faktu, iż zobowiązania zostały podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby.

Co do doświadczenia B..... B. wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Zespołu Projektowego, stosownie do postanowienia zawartego w sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.1. lit. b) ogłoszenia, osoba wskazana na to stanowisko miała posiadać doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu: laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż $Q=2000 \text{ m}^3/\text{h}$ w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1,6 MPa lub stacji gazowej o przepustowości nie mniejszej niż $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$ w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości lub tłoczni gazu o możliwości przetłaczania gazu nie mniejszej niż $Q=125.000 \text{ m}^3/\text{h}$ w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości.

Konsorcjum Techmadex w wykazie „Potencjał kadrowy” wskazało, iż pani B. posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu: rozbudowy systemu przesyłowego w celu dostarczania zwiększonych ilości paliwa gazowego do PKN Orlen w Płocku, parametry zaprojektowanego obiektu: przepustowość $Q_n=228.000 \text{ m}^3/\text{h}$, ciśnienie MOP=5,5 MPa.

Doświadczenie to odnosi się do stacji gazowej, która jest eksploatowana przez zamawiającego, zatem zamawiający nie miał wątpliwości, iż doświadczenie dotyczyło stacji gazowej, zaniechał więc wezwania do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie, przy projekcie jakiego obiektu pani B. zdobyła doświadczenie zawodowe. Okoliczność, iż ww. projekt dotyczył stacji gazowej, nie budził zastrzeżeń również u innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, np. Control Process S.A., który na podstawie charakteru wskazanego zadania inwestycyjnego był

w stanie stwierdzić, iż projekt dotyczył stacji gazowej, gdyż nie kwestionował charakteru obiektu, lecz jego parametry.

Na dowód ww. okoliczności zamawiający przywołał decyzję nr 572/09 z 8 maja 2009 r. wydaną przez Starostę Płockiego dotyczącą zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. Decyzja ta została wydana na wniosek zamawiającego i dotyczy stacji gazowej pomiarowo – regulacyjnej o przepustowości $Q=228.000 \text{ Nm}^3/\text{h}$ na potrzeby PKN ORLEN S.A. Jednocześnie z treści ww. decyzji jednoznacznie wynika, iż jednym z projektantów rzonego projektu była B..... B. Także decyzja nr 59/2010 z 12 lipca 2010 r., wydana na wniosek zamawiającego przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Płocku dotyczy pozwolenia na użytkowanie stacji regulacyjno – pomiarowej dla potrzeb PKN ORLEN S.A.

Zamawiający przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu może uwzględniać okoliczności wynikające z zebranych samodzielnie przez zamawiającego materiałów i informacji.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum Gazoprojekt, które na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przedstawiło referencje wystawione dla PGNiG Technologie S.A., a więc podmiot, który nie istniał w chwili, gdy była realizowana wskazana w referencjach usługa i nie wskazany we wniosku, zamawiający podtrzymał swoją ocenę dotyczącą skutków prawnych przekształcenia PGNiG Technologie Sp. z o.o., a możliwość posługiwania się i powoływania się na doświadczenie zdobyte przez PGNiG Technologie Sp. z o.o. jest jednym z praw przysługujących PGNiG Technologie S.A.

Zamawiający pismem z 14 czerwca 2012 r. zwrócił się do konsorcjum Gazoprojekt o złożenie wyjaśnień, jak należy zakwalifikować przedmiot zamówienia wskazanego w wykazie doświadczenia pod pozycją 2. (przebudowa tłoczni gazu Jarosław, zadanie IV – kompleksowa modernizacja węzła w zakresie cz. technologicznej, o przepustowości $Q_{\max}=930\ 000 \text{ Mn}^3/\text{h}$, ciśnieniu MOP 6,3 MPa), a jeśli to stacja gazowa, wyjaśnienie, czy stacja ta zawierała pomiar i regulację strumienia objętości. W odpowiedzi konsorcjum Gazoprojekt oświadczyło, iż przedmiot należy zakwalifikować jako stację gazową i że stacja zawierała pomiar i regulację i dodatkowo, w celu potwierdzenia zakresu zamówienia, przedłożyło list referencyjny z 20 czerwca 2012 r.

Przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający opierał się na oświadczeniu wykonawcy złożonym w piśmie zawierającym odpowiedź na wezwanie, a kwestionowany list referencyjny traktował wyłącznie jako dokument dodatkowy, a nie podstawowy do wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie wzywał też konsorcjum Gazoprojekt do uzupełnienia dokumentu mającego

potwierdzać, iż zamówienie wskazane pod pozycją 2. wykazu zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, gdyż taki dokument został już do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączony i nie budził wątpliwości zamawiającego. Niezależnie od powyższego – ww. list referencyjny zostały wystawiony na rzecz PGNiG Technologie S.A. już po dniu przekształcenia, więc został wystawiony prawidłowo dla podmiotu, który istniał w dniu wystawienia tego listu referencyjnego oraz jednocześnie dla podmiotu, który przejął doświadczenie spółki PGNiG Technologie Sp. z o.o.

Co do zaniechania odtajnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa – konsorcjum Techmadex zastrzegło opinię bankową wydaną przez Raiffeisen Bank S.A. dla Techmadex S.A., opinię bankową wydaną przez BRE Bank dla Atrem S.A., formularz „Doświadczenie” oraz listy referencyjne.

Pismem z 14 czerwca 2012 r. zamawiający zwrócił się z prośbą do konsorcjum Techmadex o podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego zastrzeżenia. W odpowiedzi konsorcjum Techmadex wskazało, iż informacje zostały zastrzeżone zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spełniają wszystkie trzy warunki określone w ww. przepisie, tj.: mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, gdyż opinie bankowe zawierają informacje dotyczące jego finansów, takie jak stan zasobów finansowych, zdolność kredytowa (informacje o uruchomionej linii kredytowej), a ujawnienie ww. informacji podmiotom trzecim mogłoby przynieść mu szkodę. Informacje te stanowią tajemnicę bankową.

Również referencje oraz zestawienie wykonanych prac zawierają informacje będące tajemnicą handlową przedsiębiorstwa, tj. zawierają know-how handlowe: oznaczenie kontrahentów, oznaczenie szczegółowego zakresu wykonanych prac wraz z podaniem szczegółów technicznych, wiadomości pozwalające na zdefiniowanie rynku zbytu usług przystępującego itp., a ich ujawnienie osobom trzecim, szczególnie podmiotom konkurującym na rynku mogłoby spowodować osłabienie tejże możliwości konkurencyjności na rynku i stać się przyczyną poniesienia przez przystępującego szkody w znacznej wysokości. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący nie wykazał, aby informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa były publicznie dostępne, jak również nie wykazał, że nie podjęto wobec nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Zważywszy, że ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z faktów tych wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, brak wykazania okoliczności obciążających powoduje niemożność uznania takiego zarzutu za uzasadniony.

Zatem zarzut należy uznać za bezzasadny.

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., PGNiG Technologie S.A. (dawniej: PGNiG Technologie Sp. z o.o.), PGNiG S.A. Oddział Centralne Laboratorium Pomiarowo – – Badawcze i Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o. – zwani „konsorcjum Gazoprojekt” wskazał, że zarzuty odwołania są całkowicie bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że PGNiG Technologie Sp. z o.o. została przekształcona, a nawet zlikwidowana 1 czerwca 2012 r., tj. w momencie wydania postanowienia o rejestracji i dokonaniu wpisu spółki PGNiG Technologie S. A. do Krajowego Rejestru Sądowego. W ocenie przystępującego nie ma to jednak oparcia w przepisach, gdyż w orzecznictwie i w literaturze podkreśla się, że postanowienie sądu o wpisie należy odróżniać od samego wpisu jako czynności wykonawczej dokonywanej na podstawie postanowienia sądu rejestrowego (art. 20 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i uchwała SN III CZP 13/91, OSNC 1991, nr 7, poz. 77). Skutek materialnoprawny rodzi bowiem prawomocne postanowienie zarządzające wpis, a nie wpis będący wyłącznie czynnością techniczną, zatem przyjęć należy, że wykreślona z rejestru handlowego na podstawie nieprawomocnego postanowienia sądu rejestrowego spółka kapitałowa nie traci osobowości prawnej do chwili uprawomocnienia się tego postanowienia, czyli, zgodnie z treścią art. 518 w zw. z art. 521 Kodeksu postępowania cywilnego, najwcześniej z upływem terminu na wniesienie apelacji, czyli 2 lipca 2012 r. lub 15 czerwca 2012 r. (jeśli spółka zrzekła się doręczenia) wykreśleniu z KRS uległa PGNiG Technologie Sp. z o.o. i dopiero w tym dniu jej byt prawny ustał. Tym samym twierdzenie odwołującego, że z 1 czerwca 2012 r. PGNiG Technologie Sp. z o.o. została zlikwidowana, jest nieprawdziwe. W konsekwencji przystępujący miał prawo w dniu upływu terminu składania wniosków załączyć dokumenty dotyczące PGNiG Technologie Sp. z o.o. i w świetle obowiązujących przepisów były to dokumenty aktualne.

Przekształcenie spółki handlowej w inny rodzaj spółek nie wymaga rozwiązania i likwidacji dotychczasowej spółki. Istotą przekształcenia jest to, że spółka przekształcona nadal pozostaje podmiotem praw i obowiązków spółki przekształcanej. Fakt, że spółka przekształcona otrzymuje nowy numer wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika jedynie ze sposobu prowadzenia rejestru przedsiębiorców, natomiast spółka zachowuje dotychczasowe numery NIP i REGON, pozostaje też podmiotem zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem (art. 553 § 2 Kodeksu spółek handlowych). Biorąc tym samym powyższe pod uwagę, jak również korespondencję kierowaną przez PGNiG Technologie S.A. do swoich kontrahentów, w której zapewniono o utrzymaniu w mocy dotychczasowych zobowiązań i zawartych umów, należy stwierdzić, że

nie było żadnej potrzeby ani konieczności, aby również pełnomocnictwo udzielone konsorcjum i załączone do wniosku było wystawione powtórnie po zmianie formy prawnej. Równie niezasadny jest zarzut, w którym odwołujący podniósł nieprawidłowość w postaci przedstawienia dokumentów podmiotowych, które dotyczyły PGNiG Technologie Sp. z o.o. oraz przedstawienia referencji wystawionych dla PGNiG Technologie S.A. albowiem PGNiG Technologie S.A. jako następcą prawnym ma prawo posługiwać się referencjami spółki przekształconej. Posłużenie się w referencjach opisem spółki wskazującym na formę prawną jako spółki akcyjnej, nie powinno wywoływać znaczących i istotnych skutków prawnych, albowiem jest to nieformalny dokument i posłużenie się w opisie taką formą prawną być może nie jest precyzyjne, lecz nie narusza powszechnie obowiązujących przepisów i nie można uznać, że jest nieprawidłowe.

Tym samym nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza naruszenia, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przystępujący – Techmadex S.A., GP Energia Sp. z o.o. i ATREM S.A. (konsorcjum Techmadex) wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego.

W piśmie do zamawiającego dotyczącym uzasadnienia uznania wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyczerpująco uzasadnił przyczyny zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, iż spełnione są dla tych informacji wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący podtrzymał przedstawioną tam argumentację podkreślając, iż pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa z natury rzeczy należy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego traktować szeroko. Decyzja, co do wartości danej informacji dla przedsiębiorcy i związanego z tym jej waloru jako tajemnicy przedsiębiorstwa leży po stronie samego przedsiębiorcy.

Przystępujący podjął wszelkie niezbędne środki w celu ujawnienia woli uznania wskazanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności skorzystanie z dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do umocowania osób do działania w imieniu podmiotów udostępniających zasoby – zamawiający samodzielnie dokonał weryfikacji koniecznych informacji z uwagi na jawność tych danych w Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego, zatem nie wzywał do złożenia odpisów KRS. Jednocześnie na stronie 7. wniosku znajduje się pełnomocnictwo zawierające umocowanie dla jednego ze współników.

Co do doświadczenia p. B. zarzuty są niezasadne, a konsorcjum wykazało ponad wszelką wątpliwość kompetencje tej osoby. Ponadto w przedmiotowym zamówieniu rozbudowy

systemu przesyłowego dla PKN Orlen sam zamawiający był inwestorem, posiada więc znajomość przedmiotowego zadania, w szczególności projektu przygotowanego przez p. B.

Przystępujący – Control Process S.A. poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający nie wymagał KRS dla podmiotu trzeciego, natomiast § 6 ust. 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* dotyczy tylko dokumentów, o których w mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w niniejszym przypadku odpis z KRS nie jest takim dokumentem.

Przystępujący Stalbud Tarnów Sp. z o.o. poparł stanowisko odwołującego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny i nie budzi wątpliwości, strony i przystępujący są również zgodne co do zastosowania obowiązujących przepisów, jest im także ogólnie znane orzecznictwo i piśmiennictwo w kwestiach odnoszących się do poszczególnych zarzutów, zatem, również z powodu obszernego przytoczenia we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba nie będzie tego powtarzać, wskazując jedynie na konkluzje wynikające ze stanu niniejszej sprawy.

W punkcie Vi.3) ppkt 8 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający poinformował o możliwości powołania się na zasoby innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazał też, że w takim przypadku wykonawca zobowiązany jest wykazać zamawiającemu, iż zobowiązanie podmiotu oddającego zasoby do dyspozycji zostało podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu.

W tym miejscu należy przyznać rację odwołującemu, iż naturalnym i powszechnie stosowanym sposobem wykazania uprawnienia do reprezentacji danego podmiotu jest przedstawienie odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego – dla podmiotów tam

rejestrowanych, ewentualnie, w zależności od sytuacji – także pełnomocnictwa, umowy spółki cywilnej lub tym podobnych dokumentów.

I tak samo należałoby to pojmować w przypadku niniejszego zamówienia, gdyby zamawiający nie sporządził formularza wniosku, którym zalecił się posługiwać przy sporządzaniu wniosku (pkt VI.3) ppkt 1 ogłoszenia). W formularzu tym, w punkcie 3. należało uzupełnić dane co do podmiotów, których zasobami będzie posługiwał się wykonawca, w tym wymienić osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu i podstawę umocowania ich do reprezentacji.

Jednocześnie na gruncie zamówień publicznych istnieje zasada działania, zgodnie z którą wykonawcy w zakresie przedkładanych dokumentów postępują zgodnie z wymaganiami zamawiających, zatem wypełniają przygotowane formularze, dołączają stosowną liczbę oświadczeń i innych dokumentów. Sami zaś zamawiający często rezygnują z żądania osobnych dokumentów na rzecz właśnie złożenia oświadczenia na przygotowanym formularzu (zwłaszcza w sytuacji, gdy nie są pewni, czy danego dokumentu mogą żądać).

Tym samym racjonalne jest, że i w tym przypadku wykonawcy mogli uznać, iż wykazanie umocowania do reprezentacji, o którym mowa w punkcie VI.3) ppkt 8 ogłoszenia, ma nastąpić właśnie przez wypełnienie punktu 3. formularza wniosku. Zresztą, jak wskazuje zamawiający, taki był jego cel.

Co do potwierdzenia odpisów z KRS za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Control Process S.A. P.... B. Izba uznała, że mogły one być w taki sposób potwierdzone.

Po pierwsze rzeczywiście rozporządzenie *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w ogóle nie dotyczy zobowiązań, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc i odpisów w KRS, a także pełnomocnictw i innych dokumentów, które im towarzyszą, zatem nie odnosi się do nich także § 6 ust. 2 tego rozporządzenia.

Po drugie – nawet w przypadku dokumentów wskazanych w tym rozporządzeniu takie poświadczenie jest możliwe. Co prawda konstrukcja tego przepisu jest daleka od doskonałości, przez co powoduje spory co do podmiotów, które te dokumenty mają poświadczać za zgodność z oryginałem, lecz, zdaniem Izby, najbardziej logicznym rozumieniem tego przepisu jest, że dokumenty mogą poświadczać:

1. podmioty oddające do dyspozycji swoje zasoby w zakresie ich dotyczącym,
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – każdy w zakresie swoich własnych dokumentów
3. wykonawca (w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych) – w stosunku do całości dokumentów, a jeśli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie

zamówienia, prawo to dotyczy ich pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wynika to przede wszystkim z celu ustanowienia możliwości samodzielnego potwierdzania przez wykonawcę dokumentów za zgodność z oryginałem – bez ponoszenia kosztów i uciążliwości każdorazowego udawania się do notariusza z dokumentem. Poza tym § 6 ust. 2 obecnego rozporządzenia niewątpliwie miał być odpowiedzią na istniejące na gruncie poprzedniego rozporządzenia spory, czy oprócz wykonawcy, czyli pełnomocnika konsorcjum, dokumenty dotyczące konsorcjanta może poświadczyć również ten konsorcjant. Po trzecie w samej treści tego przepisu użyto określenia „wykonawca”, jednoznacznie zdefiniowanego w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych i użytego w § 6 ust. 1 rozporządzenia, a nawet jeśli w przepisie tym chodziło o konsorcjanta, to powinien on brzmieć „tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którego dokumenty dotyczą”.

Poza tym, zdaniem Izby, najbardziej racjonalne jest, by § 6 ust. 2 traktować jako rozwinięcie i uzupełnienie, a nie zaprzeczenie założenia § 6 ust. 1 rozporządzenia, tj., że dokumenty potwierdza za zgodność z oryginałem wykonawca (a oprócz niego może też konsorcjant lub podmiot trzeci w zakresie dokumentów ich dotyczących) – a ponadto co do zasady za zgodność z oryginałem powinien potwierdzać ten podmiot, który z oryginału sporządza kopię, zatem jeśli to wykonawca sporządza kopię otrzymanego od podmiotu trzeciego dokumentu lub konsorcjanta, to i on powinien za zgodność z oryginałem tę kopię potwierdzić.

Co do skutków przekształcenia PGNiG Technologie Sp. z o.o. w PGNiG Technologie S.A. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w zakresie skutków prawnych tego przekształcenia dla spółki.

Nie ma wątpliwości, że na gruncie przepisów prawa PGNiG Technologie Sp. z o.o. nie została zlikwidowana (w sensie zakończenia istnienia), lecz zmieniła formę (na spółkę akcyjną) i pomimo tego, że Kodeks spółek handlowych używa nazwy spółka przekształcana i spółka przekształcona, wciąż jest to jedna spółka, która działa nawet nie na zasadzie sukcesji generalnej, lecz ciągłości i kontynuacji, a sytuacja prawna spółki docelowej nie ulega zmianie nie tylko w sferze cywilnej (pozostaje podmiotem praw i obowiązków), ale też podatkowej (art. 93a § 1 ustawy Ordynacja podatkowa), administracyjnej czy prawa pracy (por. np. „Prawo spółek handlowych. System Prawa Prywatnego tom 17B” pod red. prof. dr. hab. Stanisława Sołtysińskiego).

W takiej sytuacji pełnomocnictwo udzielone przez PGNiG Technologie Sp. z o.o. należy uznać za wciąż skuteczne w chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pozostaje jednak kwestia, czy przedstawione dla PGNiG Technologie Sp. z o.o. dokumenty można uznać za dokumenty aktualne w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 2 – 6 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Należy bowiem zwrócić uwagę na często niedostrzegany fakt, że rozporządzenie w ww. przepisach określa dwa rodzaje aktualności: po pierwsze odpis, zaświadczenie czy informacja mają być „aktualne”, a po drugie wystawione nie wcześniej niż odpowiednio 3 albo 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków lub ofert. Pomiedzy tymi dwoma wymogami często, błędnie, stawia się znak równości, nie zauważając, że dokumenty te mają być zarówno „aktualne”, czyli zgodne z istniejącym w chwili upływu terminu składania ofert/wniosków stanem faktycznym, jak i wystawione nie wcześniej niż 3/6 miesięcy przed tym dniem. Może się bowiem tak zdarzyć, że dokument wystawiony nawet kilka lat wcześniej wciąż będzie aktualny, czyli zgodny ze stanem faktycznym, jak i dokument wystawiony w okresie owych 3/6 miesięcy będzie już nieaktualny, gdyż w okresie pomiędzy jego wystawieniem a składaniem ofert/wniosków zajdą zmiany w stanie faktycznym. Na ten aspekt aktualności odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego zwrócono też uwagę w przedstawionych przez odwołującego wyjaśnieniach Ministerstwa Sprawiedliwości.

Niezależnie od zawartych w piśmie przystępującego rozważań dotyczących prawomocności postanowienia o wpisie, nie ma wątpliwości, że postanowienie to jest prawomocne, a dniem przekształcenia jest 1 czerwca 2012 r. i taką informację przekazywała też spółka PGNiG Technologie swoim kontrahentom (wynika to z przedstawionego pisma tej spółki z 1 czerwca 2012 r.) i Izba nie widzi powodu, by w stosunku do zamawiającego ten dzień obliczać w inny sposób. Zatem oczywiste jest, że złożone dokumenty na 4 czerwca nie były już aktualne – w znaczeniu: nie odzwierciedlały stanu faktycznego, w jakim znajdowała się spółka PGNiG Technologie. Nie ma też powodu, by ze względu na przekształcenie spółkę PGNiG Technologie traktować w sposób odmienny (ulgowy) w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy musieli złożyć dokumenty aktualne.

Jednak w stosunku do zaświadczeń z urzędu skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności podmiotu zbiorowego Izba uznała, że decydująca tu jest zasada kontynuacji i ciągłości bytu spółki, zatem pomimo innej nazwy (formy prawnej) spółki, zaświadczenia te i informacja są akceptowalne, zwłaszcza na gruncie art. 93a § 1 Ordynacji podatkowej, która również przewiduje wstąpienie przez spółkę przekształconą we wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Dodatkowo żądanie tych dokumentów od wykonawcy byłoby dla niego zbyt uciążliwe, a nawet wręcz niemożliwe do zdobycia. Szczególne znaczenie ma tu fakt, że pomiędzy dniem przekształcenia a upływem terminu składania wniosków minęły tylko trzy dni, w tym sobota i niedziela.

Natomiast odmiennie sytuacja przedstawia się w przypadku odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, który ze swojej istoty (zamknięcie pozycji dla spółki z o.o. i otwarcie dla spółki akcyjnej) nie może być uznany za „kontynuację”. Tym samym odpis ten wykonawca powinien uzupełnić. Przy czym możliwe jest uzupełnienie dokumentu poprzez przedstawienie odpisu z rejestru przesłanego PGNiG Technologie przez sąd rejestrowy. Należy tu zauważyć, iż podobną praktykę stosuje się w przypadku, gdy dane zawarte w odpisie z rejestru nie są już aktualne, a sąd jeszcze nie dokonał ich korekty np. poprzez załączenie do odpisu kopii uchwały o odwołaniu lub powołaniu członka zarządu – jest to powszechnie akceptowana informacja „zastępcza” w stosunku do odpisu z rejestru.

Co do referencji z 20 czerwca 2012 r., w których użyto nazwy PGNiG Technologie ze wskazaniem nowej formy prawnej spółki, oprócz argumentacji zamawiającego, że nie był to dokument uzupełniany i wymagany, należy wskazać, że jest to, zdaniem Izby, oczywista niedokładność i piszący albo nie zwrócił uwagi na ten szczegół dotyczący wykonawcy, albo wiedząc o zmianie formy prawnej, nie wiedział, której z nich powinien użyć. W sytuacji, gdy nie ma wątpliwości, że pismo dotyczy prac wykonanych przez tę spółkę, nadawanie tej okoliczności nadmiernej wagi byłoby przesadnym formalizmem.

Co do doświadczenia B..... B. – Izba przyznaje rację odwołującemu, że opis ten nie jest kompletny, gdyż brak w nim informacji dotyczących wszystkich elementów niezbędnych do porównania wykonanych prac z postawionym warunkiem (rodzaju obiektu). Zgodnie z przedstawionym wykazem osób B..... B. posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu rozbudowy systemu przesyłowego w celu dostarczania zwiększonych ilości paliwa gazowego do PKN Orlen w Płocku, o następujących parametrach: przepustowość 228.000 Nm³/h, oraz ciśnienie 5.5 MPa. Zgodnie z ogłoszeniem osoba wskazana na to stanowisko miała posiadać doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego polegające na zaprojektowaniu: laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż Q=2000 m³/h w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1,6 MPa lub stacji gazowej o przepustowości nie mniejszej niż Q=125.000 m³/h w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości lub tłoczni gazu o możliwości przetłaczania gazu nie mniejszej niż Q=125.000 m³/h w warunkach normalnych zawierającej pomiar i regulację strumienia objętości.

Należy zwrócić uwagę, iż wprowadzona zmiana brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miała skutkować tym, by to wykonawcy podawali w ofertach lub wnioskach wszystkie informacje i dokumenty konieczne do jednoznacznego stwierdzenia, czy spełniają postawione warunki i to oni muszą ten fakt udowodnić.

Przy tym w orzecznictwie i literaturze od wielu lat istnieje ustalony pogląd, że fakt, iż dane prace były wykonywane na rzecz zamawiającego nie może powodować ulgowego traktowania wykonawcy, np. w postaci zwolnienia ich z przedstawienia wymaganych i prawidłowych dokumentów. Oczywiście w przypadku, gdy zamawiający posiada potrzebne mu informacje, zbędne jest proszenie wykonawcy o wyjaśnienia w celu rozwiania wątpliwości, których zamawiający nie ma. Jednak, zdaniem Izby, w niniejszym przypadku uzupełnienie braku w wykazie powinno nastąpić nie przez złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, ale uzupełnienie dokumentu.

Co do zastrzeżenia przez konsorcjum Techmadex opinii bankowych, wykazu doświadczenia i referencji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że, jej zdaniem, nie ma podstaw do dokonania takiego zastrzeżenia, a argumenty, które przedstawiło konsorcjum Techmadex w wyjaśnieniach zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i podczas rozprawy, nie są przekonujące.

Co do opinii z banku – w punkcie III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że wymaga, aby wykonawcy posiadali środki finansowe na rachunku lub zdolność kredytową nie mniejszą niż 15.000.000 złotych. Tym samym już przez sam fakt uznania przez zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnienie tego warunku, staje się oczywiste, iż na taką kwotę środki finansowe lub zdolność kredytową posiada, trudno więc to uznać za informację będącą tajemnicą dla innych podmiotów.

Zastrzeżone informacje *de facto* również nie dają miarodajnych informacji o sytuacji finansowej danego podmiotu. Informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych, przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna. Poza tym nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają dwa i więcej rachunków bankowych. Podobnie w przypadku zdolności kredytowej czy otwartej linii kredytowej – ocena banku, jak i kwota niewykorzystanych środków w ramach linii kredytowej również mogą ulegać zmianie. Co więcej – wykonawcy często zwracają się do banku o informację o zdolności kredytowej tylko w zakresie minimalnej wymaganej przez zamawiającego, a ich realna zdolność może być znacznie wyższa. Tak samo – poprzez przedstawienie dokumentów wykazują swoją zdolność finansową tylko na niezbędną kwotę. Podobnie w niniejszym przypadku można przyjąć założenie, że konsorcjum Techmadex nie wykazało pełnej potencjalnej zdolności kredytowej i środków finansowych całego konsorcjum jak i jego poszczególnych członków, a jedynie wartość minimalną potrzebną do wykazania spełnienia warunku (choćby dlatego, że nie odnosi się ona i do środków finansowych, i do zdolności kredytowej oraz nie do wszystkich członków konsorcjum).

Ze względu na powyższe, zdaniem Izby, przedstawione dokumenty nie mają samodzielnej wartości gospodarczej i trudno Izbie uznać, że poprzez ich udostępnienie wykonawca miałby ponieść jakąś konkretną szkodę. Gdyby tak miało być, wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obejmowałiby te dane ścisłą tajemnicą, a tak się nie dzieje.

Co do wykazu doświadczenia oraz załączonych do niego referencji Izba również uznała, że nie widzi tu żadnych podstaw do ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim, jak wskazał odwołujący, informacje te zostały w jawny sposób przedstawione w poprzednim postępowaniu. Owszem, wykonawca określa moment, od którego dane informacje będzie chronił jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale moment ten nie może już nastąpić po tym, jak informacje te podał do publicznej wiadomości.

Po drugie informacje o podmiocie, który wykonał dokumentację projektową, jak i roboty budowlane są dostępne dla zainteresowanych, a informację o wykonawcy danych robót umieszcza się wręcz na tablicy informacyjnej na terenie robót.

Poza tym obie prace zostały wykonane na rzecz podmiotu publicznego (zamawiającego), a, pomimo że postępowanie nie było objęte zamówieniami publicznymi, toczyło się w sposób jawny, a, jak wyjaśnił zamawiający, informacja o wyłonionym wykonawcy została przekazana wszystkim podmiotom uczestniczącym w postępowaniu.

Poza tym należy też zwrócić uwagę, czy również inwestor chroni dane informacje, gdyż trudno je uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli można je uzyskać w łatwy sposób po prostu składając stosowne zapytanie do inwestora.

Trudno również powiązać owe utajnione informacje z poszukiwaniem „rynku zbytu” dla wykonawcy – jeśli miał on na myśli inwestora owego zadania, to i tak co do zasady zawiera on kontrakty albo w ramach udzielania zamówień publicznych, albo innych upublicznionych form (jak w przypadku owych zastrzeżonych w wykazie prac). A już sam argument, że wykaz ten czy referencje mają wskazywać na jakikolwiek *know-how*, jest dla Izby zupełnie niezrozumiały.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: