

Sygn. akt: KIO 2660/10

WYROK

z dnia 27 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Justyna Tomkowska

Paweł Trojan

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Torpol Sp. z o.o. (lider) oraz Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Mogileńska 10, 61-052 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Mostostal S.A. (lider), Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentu „Wykaz robót budowlanych” w odniesieniu do pozycji 1 oraz oświadczenia przed notariuszem w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się Acciona Infraestructuras S.A. o zamówienia, zgodnie z treścią uzasadnienia,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Torpol Sp. z o.o. (lider) oraz Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Mogileńska 10, 61-052 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący

.....

Członkowie

.....

.....

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Przebudowa stacji Kraków Główny wraz z robotami dotyczącymi organizacji węzła przesiadkowego" wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Torpol Sp. z o.o. (lider) oraz Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe reprezentowanego przez Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie oraz na zaniechanie przez niego czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. oraz Acciona Infraestructuras S.A. (dalej „Konsorcjum Mostostal" albo „konsorcjum Mostostal”), ewentualnie zaniechania wezwania tych wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzucił rażące naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal z postępowania,
3. ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia Konsorcjum Mostostal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podał, że otrzymał od zamawiającego pismo informujące o wyborze oferty Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego Konsorcjum Mostostal nie wykazało spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt. 8.2.1 lit. a) SIWZ.

Odwołujący podniósł, że ani z pierwotnie złożonego przez Konsorcjum Mostostal wykazu, ani z wykazu uzupełnionego pismem z dnia 15 listopada 2010 r. nie wynika, żeby wskazane roboty obejmowały wykonanie systemu automatycznej wizualnej informacji podróżnych.

Wskazał, że zarówno w projekcie wskazanym w poz. 1 wykazu, jak i w projekcie wskazanym w poz. 2 wykazu Konsorcjum Mostostal wykonało jedynie przebudowę świetlnych

tablic informacyjnych, gdy tymczasem zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem systemu automatycznej informacji podróży, a nie li tylko jego przebudową.

Zwrócił uwagę, że zamawiający dopuścił wykazywanie się wykonaniem budowy lub całkowitej przebudowy/modernizacji jedynie w przypadku stacji kolejowej, podczas gdy w pozostałych punktach nie dopuścił, aby wykonawcy wykazywali się przebudową lub modernizacją.

Zdaniem odwołującego zakres wykonania systemu automatycznej informacji podróży zasadniczo różni się od jego przebudowy, ponieważ o ile wykonanie tych prac wiąże się z koniecznością dokonania wszystkich czynności związanych z budową takiej instalacji (np. przygotowanie okablowania, instalacji, wdrożenia oprogramowania), to przebudowa wiąże się li tylko ze zmianą parametrów takiej instalacji, przy pozostawieniu w stanie niezmienionym zasadniczych istniejących jej elementów, co oznacza, że doświadczenie wykonawcy związane z wykonaniem instalacji jest znacznie szersze niż doświadczenie związane z jej przebudową.

Odwołujący wskazał także, że z wykazu Konsorcjum Mostostal nie wynika, czy przebudowa tablic informacyjnych dotyczyła instalacji systemu automatycznego, czy też instalacji działającej w trybie nieautomatycznym lub nie posiadającej cech systemu.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum Mostostal załączyło dokumenty potwierdzające należyte wykonanie projektów wskazanych w załączonym do oferty wykazie, tj. oświadczenie PKP PLK S.A. z dnia 10.07.2008 r. oraz oświadczenie ADIF z dnia 10.09.2008 r., jednak z referencji tych w żaden sposób nie wynika, że wskazane projekty obejmowały wykonanie:

- monitoringu CCTV IP,
- dźwiękowego systemu ostrzegania (DSO),
- systemu automatycznej informacji podróży,
- instalacji oświetlenia tunelu i peronów,

a zawierają one szczegółowy opis projektu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wezwał już Konsorcjum Mostostal w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu, Konsorcjum Mostostal uzupełniło wykaz, a zatem zamawiający nie może ponownie wezwać Konsorcjum Mostostal do ponownego uzupełnienia tego wykazu, ponieważ zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, zamawiający może tylko jednokrotnie wzywać wykonawcę do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie odwołującego Konsorcjum Mostostal nie przedłożyło zaświadczenia/oświadczenia o niekaralności urzędujących członków zarządu.

Odwołujący podał, że jeden z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Mostostal, tj. Acciona Infraestructuras S.A. ma siedzibę w Hiszpanii i jak wynika z tłumaczenia przysięgłego zaświadczenia Inspektora Rejestru Handlowego w Madrycie

z dnia 31 sierpnia 2010 r., członkami zarządu Acciona Infraestructuras S.A. jest Acciona Corporacion S.A. reprezentowana przez pana Vincente Santamaria de P oraz Acciona Desarrollo Corporativo S.A. reprezentowana przez pana Pedro M.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Mostostal zamiast zaświadczeń lub oświadczeń wydanych dla członków zarządu, tj. Acciona Corporacion S.A. i Acciona Desarrollo Corporativo S.A. złożyła zaświadczenia dla osób reprezentujących członków zarządu Acciona Infraestructuras S.A., co oznacza - zdaniem odwołującego - że Konsorcjum Mostostal nie wykazało braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp i winna być wezwana do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł wreszcie, że wraz z ofertą Konsorcjum Mostostal złożone zostało oświadczenie w imieniu Acciona Infraestructuras S.A. z dnia 23 czerwca 2010 r. z podpisem notarialnie poświadczonym w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się tej spółki o zamówienia wraz z tłumaczeniem jego treści na język polski.

W ocenie odwołującego oświadczenie to nie zostało złożone przed notariuszem, w rozumieniu § 4 pkt. 3 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.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 r. (sygn. akt V Ca 47/07), zgodnie z którym w dokumencie, który opatrzony jest pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, Notariusz stwierdził więc jedynie, że (...) złożył swój podpis pod dokumentem.

Zdaniem odwołującego w oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem, a w świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby, składającej oświadczenia, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia.

Ponieważ złożone przez Konsorcjum Mostostal oświadczenie zawiera jedynie poświadczenie przez notariusza autentyczności podpisu pana Juan Ignacio Entrecanales F reprezentującego Acciona Infraestructuras S.A., a nie zawiera elementów wymaganych przepisami w/w rozporządzenia to - w ocenie odwołującego - Konsorcjum Mostostal nie wykazało, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej modyfikację z dnia 2 września 2010 r.,
2. Ofertę przystępującego,
3. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2010 r. skierowane przez zamawiającego do przystępującego,
4. Odpowiedź przystępującego z dnia 15 listopada 2010 r. na w/w wezwanie,
5. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 listopada 2010 r.,
6. Odwołanie z dnia 10 grudnia 2010 r.,
7. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego konsorcjum Mostostal z dnia 10 grudnia 2010 r.,
8. Pismo przystępującego z dnia 21 grudnia 2010 r.,
9. Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 21 grudnia 2010 r.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia potwierdził się.

W zakresie tego zarzutu skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt. 8.2.1 lit. a) SIWZ w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazał, że wymagane jest wykazanie przez wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zamówień obejmujących łącznie co najmniej wykonanie:

- a) budowy lub całkowitej przebudowy/modernizacji jednej stacji kolejowej posiadającej co najmniej dwa tory główne zasadnicze i co najmniej dwa tory główne dodatkowe, obejmujące budowę, przebudowę/modernizację nawierzchni wraz z siecią trakcyjną, urządzeniami srk i odwodnieniem,
- b) monitoringu CCTV IP,
- c) dźwiękowego systemu ostrzegania (DSO),
- d) systemu automatycznej wizualnej informacji podróźnych,
- e) instalacji oświetlenia peronów i tunelu/tuneli.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku wykonawcy, zgodnie z pkt. 9.1.1.

SIWZ, zobowiązani byli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat, o których mowa w pkt. 8.2.1. lit. a) SIWZ, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ.

Konsorcjum Mostostal na str. 10 - 12 oferty złożyło „Wykaz robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat” (dalej „Wykaz robót” lub „Wykaz”), w którym zawarto dwie pozycje.

Przedmiotem pierwszego z zamówień było projektowanie, budowa peronu nr 1, nr 2 oraz dwóch torów głównych dodatkowych, budowa dwóch wiat, budowa stanowiska kontroli straży granicznej, budowa przejścia podziemnego pod peronem nr 1 i nr 2, budowa dróg technologicznych, pożarowych i inspekcyjnych, przebudowa układu torowego, budowa systemu oświetleniowego, przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym, przebudowa urządzeń elektroenergetycznych i instalacji ogrzewania rozjazdów, przebudowa stacji trakcyjnej, budowa sieci i urządzeń łączności, budowa kładki nad torami. Ponadto wskazano wykonanie modernizacji nawierzchni i odwodnienia, telewizji przemysłowej, tuneli dla pieszych, sygnalizacji oświetleniowej, instalacji oświetlenia peronów i tuneli dla pieszych oraz przebudowy świetlnych tablic informacyjnych. W odniesieniu do tego zamówienia przystępujący dodatkowo (kolumna ostatnia „Wykazu robót”) wskazał, że wykonano „przebudowę świetlnych tablic informacyjnych”.

Przedmiotem drugiego zamówienia było wykonanie nowego odcinka toru głównego zasadniczego, toru mijakowego oraz toru dojazdowego, a także dwóch torów głównych dodatkowych. Przystępujący w opisie tego zamówienia wskazał, że w wyniku zmian wykonana została całkowita przebudowa stacji, składającej się z dwóch wiązek torów - zelektryfikowanych - 5 torowych i nie zelektryfikowanych - 8 torowych, tunele dla pieszych, sygnalizacja oświetleniowa, instalacja oświetlenia peronów i tuneli dla pieszych, a także zamontowano system automatycznej wizualizacji informacji podróżnych. W odniesieniu do tego zamówienia przystępujący dodatkowo (kolumna ostatnia „Wykazu robót”) wskazał, że wykonano „przebudowę świetlnych tablic informacyjnych”.

Odwołujący zakwestionował, że przystępujący wykazał wykonanie systemu automatycznej wizualnej informacji podróżnych w ramach wskazanych przez siebie dwóch robót budowlanych, ponieważ za wykonanie takie nie może być uznana przebudowa świetlnych tablic informacyjnych w sytuacji, gdy wykonanie budowy, całkowitej przebudowy/modernizacji zamawiający przewidział jedynie w przypadku stacji kolejowej.

W pierwszej kolejności wyjaśniania wymaga, jak rozumieć należy użyte przez zamawiającego w pkt 8.2.1 lit. a) SIWZ słowo „wykonanie”. Sam zamawiający w treści SIWZ słowu temu żadnego szczególnego znaczenia nie przypisał, toteż sięgnąć należy do znaczenia,

jakie przypisuje mu słownik języka polskiego. Zamawiający w żadnym zakresie nie odwołał się także do definicji legalnych ustawy Prawo budowlane.

W języku polskim „wykonać/wykonywać” oznacza: „wprowadzić w czyn, zrobić coś, uczynić, urzeczywistnić, zrealizować, spełnić”, „wyprodukować, wytworzyć, sporządzić”.

Z powyższego wynika, że na gruncie języka polskiego wykonanie nie oznacza, jak wskazywał odwołujący, konieczności stworzenia czegoś od początku.

W ocenie składu orzekającego Izby wykonanie wiązać należy raczej z zakończeniem pracy - jej rezultatem niż jej początkiem skoro słowo to oznacza zrealizowanie, spełnienie.

W tej sytuacji niezależnie od tego czy inny wykonawca wykonał uprzednio okablowanie, instalację, wdrożył oprogramowanie, to rezultat ostateczny w postaci działania świetlnych tablic informacyjnych oznacza dla podróżnych możliwość korzystania z informacji wizualnej, oznacza wykonanie tablic informacyjnych.

W odniesieniu do pozycji 2 „Wykazu robót” przystępujący wskazał, że chodzi o system automatycznej wizualizacji informacji podróżnych (kolumna ostatnia), stąd nie można uznać, że przystępujący nie wykazał wykonania automatycznego systemu. Ewentualne wątpliwości co do odmiennego opisu przedmiotu robót w kolumnie trzeciej i ostatniej zamawiający mógłby wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby podzielił - w odniesieniu do pozycji 1 „Wykazu robót” - stanowisko odwołującego, iż z treści tego „Wykazu” nie wynika, iż tablice posiadają cechę działania w systemie. Nie sposób zająć stanowisko przeciwne skoro brak w „Wykazie” jakichkolwiek informacji w tym zakresie.

Skład orzekający Izby w pełni podzielił także stanowisko odwołującego, oparte na utrwalonym stanowisku doktryny i orzecznictwa, iż zamawiający może tylko jednokrotnie wzywać wykonawcę do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający nie podzielił natomiast stanowiska odwołującego co do tego, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przystępujący nie może już zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu „Wykazu robót” w szczególności w zakresie pozycji 1, ponieważ wezwanie z dnia 8 listopada 2010 r. dotyczyło wyłącznie pozycji 2 (Modyfikacja nr 1 projektu budowy warstwy podtorza linii wysokich prędkości Cordoba - Malaga odcinek Los Prado - Arroyo de Las Canas) i podania dat rozpoczęcia (początek) i ukończenia robót tej pozycji. Wynika to jednoznacznie z brzmienia tego wezwania.

Jednokrotny charakter wezwania nie oznacza bowiem, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w jakimś jego aspekcie zamyka jednocześnie wykonawcy drogę do uzupełnienia dokumentu w innym aspekcie, pominiętym przez zamawiającego, choć wymagającym uzupełnienia. Trudno bowiem za zgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby uznać wykluczenie wykonawcy w następstwie

uchybień w czynnościach podejmowanych przez zamawiającego (wadliwe wezwanie).

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że ze złożonych dotychczas przez przystępującego dokumentów nie wynika, że przystępujący wykazał spełnianie warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, co oznacza, że zamawiający bezprawnie dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie jednak, o czym była mowa powyżej, zamawiający winien wezwać przystępującego do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych” w odniesieniu do pozycji 1 w celu wykazania, że tablice posiadają cechę działania w systemie i działają automatycznie.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że przystępujący nie przedłożył zaświadczenia/oświadczenia o niekaralności urzędujących członków władz w odniesieniu do Acciona Infraestructuras S.A. nie potwierdził się.

W zakresie tego zarzutu skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt. 9.1.4. lit. e) SIWZ wymagał, aby w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy złożyli aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 - 8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Oferta konsorcjum Mostostal obejmuje zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych i Skazanych Zaocznie odnoszące się do Pana Vincente Santamaria de P oraz Pana Pedro M, że osoby te na dzień poświadczenia nie figurują w tym rejestrze.

Poza sporem pozostawał fakt, że wskazane osoby były reprezentantami członków zarządu konsorcjanta Acciona Infraestructuras S.A., będącymi spółkami akcyjnymi (Acciona Corporacion S.A. oraz Acciona Desarrollo Corporativo S.A.).

W ocenie odwołującego fakt, że członkami zarządu konsorcjanta Acciona Infraestructuras S.A. są spółki akcyjne, nie zaś osoby fizyczne oznacza, wobec faktu, że art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie dokonuje wskazania, że chodzi jedynie o urzędujących członków organu zarządzającego będących osobami fizycznymi, że w przypadku tego konsorcjanta:

- należało złożyć zaświadczenia, że spółki - członkowie zarządu nie zostały prawomocnie skazane, o ile w prawie hiszpańskim istnieje akt jak ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w prawie polskim,
albo
- należało wykazać, że w prawie hiszpańskim nie istnieje akt jak ustawa

o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w prawie polskim.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego.

W pierwszej kolejności wyjaśniania wymaga, jakie znaczenie przypisać należy użytemu w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wyrazowi: „urzędujący”.

W języku polskim „urzędować” oznacza: „sprawować funkcję w jakimś urzędzie”, „wykonywać obowiązki urzędnika”, „pracować w określonych godzinach, załatwiając sprawy, przyjmując interesantów”.

O ile bez wątplenia spółki akcyjne: Acciona Corporacion S.A. oraz Acciona Desarrollo Corporativo S.A. są członkami zarządu Acciona Infraestructuras S.A., o tyle to nie one w istocie urzędują, zarządzając tą spółką. Urzędowanie bowiem łączyć można wyłącznie - co wynika ze znaczenia wyrazu „urzędować” z właściwościami / cechami i umiejętnościami osób fizycznych.

W przypadku spółek, będących członkami zarządu Acciona Infraestructuras S.A. właściwości / cechy i umiejętności urzędowania przypisać można wyłącznie ich przedstawicielom w osobach Panów: Vincente Santamaria de P oraz Pedro M.

Skoro w odniesieniu do tych właśnie osób w ofercie konsorcjum Mostostal złożono zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych i Skazanych Zaocznie, to uznać należy, że konsorcjum to uczyniło zadość wymaganiom art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i pkt 9.1.4. lit. e) zamawiającego.

Za stanowiskiem, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odnosi się do osób fizycznych przemawia także odmienność katalogu przestępstw, wymienionych w tym przepisie od katalogu przestępstw, za jakie może zostać orzeczona kara na podstawie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zamawiający zasadnie uznał, iż konsorcjum Mostostal przedłożyło w ofercie zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków władz w odniesieniu do Acciona Infraestructuras S.A.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że przystępujący nie przedłożył złożonego przed notariuszem oświadczenia w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się spółki Acciona Infraestructuras S.A. potwierdził się.

Odwołujący zakwestionował zgodność z § 4 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817), sposobu złożenia przez przystępującego oświadczenia w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się tej spółki o zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował natomiast, że złożone przez Pana Juana Ignacio

Entrecanales F oświadczenie z dnia 23 czerwca 2010 r. w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się spółki Acciona Infraestructuras S.A. o zamówienia jest prawdziwe, jak i tego, że był on uprawniony do złożenia oświadczenia w imieniu tej spółki.

Skład orzekający Izby ustalił, że w pkt. 9.3.2 SIWZ zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt. 9.1.4 b)-f), składa m.in. zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp.

Oferta konsorcjum Mostostal obejmuje oświadczenie złożone w Madrycie, iż wobec reprezentowanej przez osobę podpisującą firmy Acciona Infraestructuras S.A. nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, opatrzone datą 23 czerwca 2010 r. i podpisane przez Pana Juana Ignacio Entrecanales Franco.

Oświadczenie zawiera także m.in. adnotację notariusza: „(...) zaświadczam, że powyższy podpis, złożony w mojej obecności przez Pana Juana Ignacio Entrecanales F jest autentyczny”.

Zgodnie z § 4 pkt 3 w/w rozporządzenia jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przepisy o zamówieniach publicznych nie dają wskazówki co do tego, jak należy rozumieć użyty w § 4 pkt 3 w/w rozporządzenia zwrot „oświadczenie złożone przed notariuszem”.

W ocenie składu orzekającego Izby zwrot „oświadczenie złożone przed notariuszem” oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną.

W przedmiotowej sprawie nie ma pewności co do tego, iż oświadczenie Pana Juana Ignacio Entrecanales F z dnia 23 czerwca 2010 r. w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się spółki Acciona Infraestructuras S.A. o zamówienia, załączone do oferty przez przystępującego, zostało złożone przed notariuszem.

W ocenie składu orzekającego Izby notariusz w dniu 23 czerwca 2010 r. w Alcobendas bez wątplenia poświadczył własnoręczność podpisu na dokumencie sporządzonym w Madrycie w tym samym dniu, zawierającym oświadczenie Pana Juana Ignacio Entrecanales F.

Wątpliwości dotyczą tego, czy oświadczenie Pana Juana Ignacio Entrecanales F zostało przez niego złożone w obecności notariusza, czy też wskazana osoba przybyła do notariusza z dokumentem zawierającym treść uprzednio złożonego oświadczenia.

Za drugą z powyższych możliwości przemawia inne oznaczenie miejsca złożenia oświadczenia (Madryt) i miejsca poświadczenia podpisu (Alcobendas) oraz to, że jednoznaczny pozostaje jedynie fakt poświadczenia autentyczności podpisu. Fakt, że Alcobendas jest dzielnicą Madrytu nie zmienia ustalenia co do odmiennego oznaczenia miejsc obu czynności.

Fakt, że notariusz zidentyfikował Pana Juana Ignacio Entrecanales F jako osobę składającą podpis na dokumencie (co wynika wprost ze zdania „zaświadczam, że powyższy podpis, złożony w mojej obecności przez Pana (...) jest autentyczny) nie przesądza jednak tego, czy samo oświadczenie zostało złożone przez wskazaną osobę przed notariuszem.

Przystępujący, odnosząc się w treści pisma z dnia 21 grudnia 2010 r. do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt V Ca 47/07, przywołanego przez odwołującego w odwołaniu, stwierdził, że tezy płynące z uzasadnienia tego wyroku dotyczą oświadczenia składanego przed notariuszem polskim oraz, że w przypadku składania oświadczenia na podstawie obcego prawa oświadczenie to powinno być adekwatne, co jednak nie oznacza tożsamość, z oświadczeniem składanym na podstawie prawa polskiego.

Ani zamawiający, ani przystępujący nie powołał się jednak na jakiegokolwiek przepisy prawa hiszpańskiego, z których wynikałoby, że poświadczenie podpisu pod treścią oświadczenia oznacza jednocześnie poświadczenie złożenia oświadczenia w obecności notariusza.

Ponad wszelką wątpliwość przywołane rozporządzenie nie wymaga złożenia oświadczenia w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia w formie aktu notarialnego skoro nie zawiera wymogu takiej właśnie formy dla tego oświadczenia.

W ocenie składu orzekającego Izby brak takiego wymogu należy wiązać z przewidzianą przez ustawodawcę odmiennością systemów prawnych wykonawców mających swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Polski.

Brak takiego wymogu nie oznacza jednak jeszcze, że złożone oświadczenie jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem w świetle prawa hiszpańskiego.

Nie jest uprawnione twierdzenie przystępującego (pismo z dnia 21 grudnia 2010 r. - str. 8) jakoby „treść oświadczenia została odczytana i zrozumiana przez notariusza”.

Fakt, że oświadczenie zostało sporządzone w języku zrozumiałym (ojczystym) dla notariusza nie musi wszakże oznaczać, że wedle prawa go obowiązującego notariusz nie mógł ograniczyć się do poświadczenia autentyczności podpisu. Innymi słowy, że poświadczenie autentyczności podpisu pod oświadczeniem musi być poprzedzone zapoznaniem się przez notariusza z jego treścią.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że nie jest niewątpliwe, że oświadczenia z dnia 23 czerwca 2010 r. zostało złożone przed notariuszem, co oznacza także, że zamawiający bezprawnie dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający winien wezwać przystępującego do uzupełnienia tego oświadczenia.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa odwołującego przez pełnomocnika w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący

.....

Członkowie

.....

.....