

Sygn. akt: KIO/UZP 1830/09

WYROK
z dnia 29 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Andrzej Niwicki

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Janusz Rybka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Baczyńskiego 13, 51-122 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Międzygminną Spółkę Wodno – Kanalizacyjną SUPLAZ Sp. z o.o., ul. Poczтова 7a, 59-975 Sulików** protestu z dnia 16 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Safege S.A., 15-27 Rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja, adres do korespondencji: Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Ekocentrum Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Janusz Rybka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Baczyńskiego 13, 51-122 Wrocław** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Janusz Rybka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Baczyńskiego 13, 51-122 Wrocław;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **1 339 653 zł 53 gr** (słownie: jeden tysiąc trzysta trzydzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Janusz Rybka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Baczyńskiego 13, 51-122 Wrocław**na rzecz **Międzygminną Spółkę Wodno – Kanalizacyjna SUPLAZ Sp. z o.o., ul. Pocztowa 7a, 59-975 Sulików** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę, noclegu, parkingu i diety;
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Janusz Rybka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Baczyńskiego 13, 51-122 Wrocław.**

Uzasadnienie

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Janusz Rybka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą dla Lidera Konsorcjum we Wrocławiu, zwani dalej „Odwołującym”, złożyli protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji Projektu: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej gmin leżących w zlewni rzeki Czerwona Woda”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Międzygminną Spółkę Wodno – Kanalizacyjna SUPLAZ Sp. z o.o., z siedzibą w Sulikowie (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 15 września 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 177-255140).

Zamawiający w dniu 10 listopada 2009 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu, tj. oferty złożonej przez Safege S.A. z siedzibą w Nanterre we Francji. W informacji tej jednocześnie powiadomił wykonawców o ilości punktów przyznanych pozostałym ofertom złożonym w postępowaniu, tj.:

- ofercie Odwołującego 96,02 pkt (cena ofertowa brutto: 670 878,00 zł);
- ofercie EKOCENTRUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu 83,41 pkt (cena brutto oferty: 772 260,00).

Uwzględniając powyższe Odwołujący pismem z dnia 16 listopada 2009 r. złożonym do Zamawiającego w dniu 17 listopada 2009 r. wniósł protest wobec:

- zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności wynikających z ustawy Pzp, w tym w szczególności właściwego zbadania treści, załączników i formy ofert złożonych w postępowaniu i wykluczenia wykonawcy Safege S.A. oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz
- niewłaściwego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podnosząc wskazane zarzuty wskazał też na naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Safege S.A. z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji nieuzasadniony wybór jego oferty jako najkorzystniejszej

pomimo faktu, że oferta przez niego złożona nie spełnia wymogów postępowania, w tym w szczególności nie zawiera niezbędnych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego oraz brak jest w niej dokumentu wskazującego na sposób reprezentacji tego wykonawcy skutkujący nieważnością udzielonego przez niego pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu Safège S.A.

- 2) § 2 ust. 1 – 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), zwanego dalej: „rozporządzeniem” poprzez zaniechanie wykluczenia Safège S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty pomimo faktu, że złożona przez niego dokumentacja na okoliczność zalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskania przewidzianego prawem zwolnienia, odroczenia lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu:
- a) jest co najmniej wydana dużo wcześniej niż wymagane co najwyżej 3 miesięczne zaświadczenie odpowiednich władz, a ponadto
 - b) niewłaściwe uznanie, iż w kraju siedzibie wykonawcy Safège S.A. we Francji nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia pomimo faktu, iż zgromadzona w niniejszym postępowaniu przetargowym dokumentacja wyraźnie wskazuje, że takie zaświadczenia są wydawane,
 - c) niewłaściwe uznanie, iż oświadczenie złożone przez tego wykonawcę spełnia wymogi określone w § 2 ust. 3 rozporządzenia, pomimo faktu, iż nie zostało złożone w wymaganej formie aktu notarialnego, lecz jedynie w formie oświadczenia w formie pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym.

Wskazując na powyższe Odwołujący w proteście wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) wykluczenie wykonawcy Safège S.A. z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty;
- 3) ponowne dokonanie czynności oceny złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego;
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że Safège S.A. złożył w postępowaniu zaświadczenie z przełomu stycznia i lutego 2009 r. dokumentujące ponoc – jak wskazał – brak zaległości publicznoprawnych na dzień 31 grudnia 2008 r. W uzasadnieniu pełnomocnik wykonawcy Safège S.A. wskazała, że w kraju siedziby tego wykonawcy, tj. we Francji, wydawane są zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu ww. należności publicznoprawnych, niemniej jednak wydawane są jedynie w pierwszym kwartale danego roku i dokumentują stan na dzień 31 grudnia roku poprzedniego, a ponadto w tej postaci posiadają ważność przez cały rok. Oświadczenie – w ocenie Odwołującego – sugeruje, że nie są wydawane inne zaświadczenia na ww. okoliczność. Powyższe jednak - w ocenie Odwołującego – pozostaje w sprzeczności z dokumentacją zebraną w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Na str. 89 oferty Safège S.A. przedstawione całoroczne zaświadczenia zastępują jedynie zaświadczenia o niezaleganiu z płatnościami podatków i składek na ubezpieczenia społeczne, które oferenci ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego lub o koncesję na zarządzanie usługami powszechnie dostępnymi muszą przedkładać odnośnym władzom, a więc są ich zamiennikiem z użytego stwierdzenia – zdaniem Odwołującego – wyraźnie wynika, że istnieje możliwość uzyskania innych zaświadczeń poza przedstawionymi przez Safège S.A.

Odwołujący podkreślił też, że nawet gdyby przyjąć, że oświadczenie pełnomocnika Safège S.A. jest zgodne ze stanem prawnym kraju jego siedziby (Francja) to i tak samo oświadczenie zainteresowanej strony nie może skutkować w zaniechaniu sprawdzenia słuszności oświadczenia tego wykonawcy przez Zamawiającego, który winien sprawdzić, czy w danym kraju wydawane są wymagane zaświadczenia, czego w przedmiotowym postępowaniu zaniechał. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie Zespołu Arbitrów.

Tym samym Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał ww. działań wymaganych prawem.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał również na inne okoliczności. Mianowicie, gdyby przyjąć założenie, że nie wystawia się innych bieżących zaświadczeń przez odpowiednie władze, to wymagane w postępowaniu o zamówienie publiczne dokumenty zostały ściśle określone w ustawie Pzp i rozporządzeniu oraz dokumentacji przetargowej niniejszego postępowania. Jednym z warunków ubiegania się o to zamówienie jest brak należności publicznoprawnych oferenta. Wolą ustawodawcy było, iż jedynym dokumentem, na podstawie którego należy oceniać spełnianie tej przesłanki w przypadku wykonawców zagranicznych, jest zaświadczenie właściwego organu wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Oczywistym tymczasem - w ocenie Odwołującego - jest, że wykonawca Safège S.A. nie złożył takiego dokumentu. Według niego, nawet gdyby przyjąć, że przedłożone zaświadczenie z przełomu stycznia / luty 2009 r. zachowuje moc na cały rok, to i tak w świetle ww. ścisłego wymogu ustawodawcy jest on wydany zbyt wcześnie, by

stanowiąc podstawę do uznania oferty Safège S.A. za spełniającą wskazane wymogi. Zdaniem Odwołującego dopiero i jedynie w przypadku niewydawania takich zaświadczeń, istnieje możliwość złożenia odpowiedniego oświadczenia oferenta w ściśle określonej formie pozostawionej do wyboru oferentowi: przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Załączone do oferty zaświadczenie Pana Benoît C. o braku możliwości uzyskania ww. zaświadczeń zostało złożone w formie pisemnej, a jedynie z podpisem notarialnie poświadczonym, co nie jest, zdaniem Odwołującego wystarczające. Oświadczenie to zostało złożone w niewłaściwej formie, bowiem nie dochowano formy oświadczenia w formie aktu notarialnego, a zastąpiono ją formą pisemną z podpisem notarialnie poświadczonym, co nakazuje wykluczyć wykonawcę Safège S.A. z postępowania. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzeczenia ZA i KIO.

Odwołujący powołał się również na przepisy ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (art. 104 § 3 i 4), wskazując na konieczność spisywania protokołu w celu stwierdzenia przebiegu pewnych czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne, a w szczególności dotyczące stawiennictwa stron i złożonych przez nie oświadczeń, które to protokoły, muszą mieć formę aktu notarialnego, a więc forma pisemna jedynie z poświadczaniem podpisu nie może powodować uznania oferty Safège S.A. jako złożonej zgodnie z wymogami postępowania przetargowego.

Odwołujący podniósł również okoliczność, iż w ofercie Safège S.A. brak jest dokumentów wskazujących na sposób reprezentacji tego wykonawcy. Do oferty załączono bowiem odpis – najprawdopodobniej – z francuskiego odpowiednika polskiego KRS Safège S.A., który jedynie wskazuje na kadrę – liczną – zarządzającą tego wykonawcy, a załączony statut Safège S.A. również nie wskazuje na sposób jego reprezentacji. Podkreślił w formie przypuszczenia, że nie z sposób wykluczyć, że dokumenty złożone w ofercie, w tym pełnomocnictwo oraz sama oferta, mogą być pozbawione waloru oferty oraz innych skutków prawnych z nich wynikających. Wskazał tutaj na okoliczność wieloosobowego zarządu w firmie Safège S.A., co przełożył na art. 373 § 1 polskiego Kodeksu spółek handlowych wzorowanego na przykładach francuskich, zgodnie z którym to przepisem w spółce akcyjnej o wieloosobowym zarządzie uprawnionych do składania oświadczeń woli jest co najmniej dwóch członków zarządu działających łącznie lub jeden członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Zgodnie zatem z prawem polskim oferta złożona przez Safège S.A. nie może być uznana za skutecznie złożoną, gdyż nie wykazano w żaden sposób zasadności reprezentacji tego wykonawcy i umocowania jedynie jednego członka zarządu do udzielenia pełnomocnictwa.

Biorąc powyższe pod uwagę – zdaniem Odwołującego – Zamawiający zaniechał zbadania tych okoliczności. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie KIO.

O złożonym proteście, przekazując jednocześnie jego kopię, Zamawiający poinformował pozostałych dwóch wykonawców pismem z dnia 17 listopada 2009 r., doręczonym wykonawcom tym w tej samej dacie.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego swoje przystąpienia złożyły:

- w dniu 20 listopada 2009 r. Safege S.A. wskazując na niezasadność zarzutów zawartych w proteście;
- w dniu 18 listopada 2009 r. EKOCENTRUM Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „EKOCENTRUM”), wskazując na zasadność złożonego protestu.

Zamawiający protestu w ustawowym terminie nie rozstrzygnął.

Odwołujący w dniu 7 grudnia 2009 r. poprzez nadanie przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię w tym samym dniu Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście. Uzpełnił swoje stanowisko o dodatkowe wskazanie na naruszenie art. 45 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., przywołując również treść tego przepisu w związku z przepisami art. 85, 97, 104 § 3 i 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie.

Odwołujący złożył również wniosek o zwrócenie się przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub skład Krajowej Izby Odwoławczej rozpoznający przedmiotową sprawę do Ambasady Francji w Polsce z wnioskiem o przesłanie zaświadczenia w sprawie interpretacji prawa francuskiego w zakresie: czy we Francji spółka akcyjna (prawa francuskiego) może uzyskać zaświadczenie o niezaleganiu z płatnością podatków oraz składek na ubezpieczenia społeczne w każdym czasie, czy tylko raz do roku (z podkreśleniem, iż nie chodzi o zaświadczenie wydawane na potrzeby prowadzonych we Francji zamówień publicznych). Następnie Odwołujący wniósł o dopuszczenie otrzymanego zaświadczenia na okoliczność: zaświadczeń wydawanych w przedmiotowych zakresie we Francji, nieuzasadnionego zaniechania wykluczenia wykonawcy Safege S.A. z udziału w postępowaniu i nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcy oferty, jak również niewłaściwego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienia złożyły:

- Safege S.A., pismem z dnia 26 stycznia 2009 r., które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w tym samym dniu drogą faksową, wskazując na Zamawiającego jako stronę, po której zgłasza przystąpienie;
- EKOCENTRUM, pismem z dnia 14 grudnia 2009 r., które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych faksem w dniu 15 grudnia 2009 r., zaś na piśmie w dniu 21 grudnia 2009 r., wskazując na Odwołującego jako stronę, po której zgłasza przystąpienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniach do protestu, odwołaniu oraz w przystąpieniach do odwołania, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nie uwzględniono w tym zakresie wniosku Zamawiającego oraz popierającego go Przystępującego w związku z wykazywanym upływem terminu ważności wadium w ofercie Odwołującego z dniem 31 grudnia 2009 r. Okoliczność interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, a więc weryfikowania potencjalnych możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę w sytuacji kwestionowania przez niego określonych naruszeń przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podlega badaniu na dzień składania środka ochrony prawnej, tj. w tym przypadku na dzień składania protestu i odwołania. Odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostało złożone w dniu 7 grudnia 2009 r., zaś wykazywany upływ terminu ważności wadium nastąpił po tej dacie, tj. 31 grudnia 2009 r. Stąd też Izba uznała, że Odwołujący na dzień złożenia protestu, jak i odwołania miał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również krąg uczestników przedmiotowego postępowania odwoławczego, zaliczając tu: Odwołującego, Zamawiającego - jako strony tego postępowania oraz

Przystępujących – Safege S.A., zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego i EKOCENTRUM, zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego - jako faktycznych uczestników tego postępowania. Co do zgłoszenia przystąpienia przez Safege S.A. Izba uznała, że zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy Pzp wykonawca ten skutecznie przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Odwołującemu, co kwestionował pełnomocnik Odwołującego podczas rozprawy - poprzez przesłanie jej na nr faksu lidera Konsorcjum Odwołującego; nr ten wskazywany był bowiem w treści odwołania.

Biorąc pod uwagę zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił następujące okoliczności faktyczne w sprawie:

- 1) do oferty wykonawcy Safege S.A. załączono pełnomocnictwo dla Pana Mieczysława I. i Pani Kamili K. do reprezentowania przez każdą z tych osób Safege S.A. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo to zostało podpisane przez Pana Benoît C. Dyrektora Generalnego Safege S.A. (jedna str. oferty bez numeracji)
- 2) na str. 72 – 82 oferty Safege S.A. przedłożono w oryginalnej wersji językowej wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski wyciąg Kbis z wpisu do rejestru handlowego i spółek z dnia 8 czerwca 2009 r. o nr ewidencyjnym 1980 B 00244, w którym Pan Benoît Clocheret został wpisany jako Dyrektor Generalny Safege S.A.
- 3) na str. 84- 99 oferty Safege S.A. zamieszczono:
 - a) oświadczenie pełnomocnika Safege S.A. Nota Informacyjna z dnia 26 października 2009 r., w którym zawarto informację, iż we Francji administracja podatkowa oraz instytucje właściwe do poboru opłat i składek na ubezpieczenia społeczne upoważnione są do wydawania zaświadczeń dotyczących zobowiązań podatkowych oraz opłacania składek w terminach rocznych i że zaświadczenia te wydawane są w pierwszym kwartale następnego roku i obowiązują całorocznie. W informacji tej wskazano również, że Safege S.A. w związku z powyższym przedkłada zaświadczenia stosownych instytucji, że na dzień 31 grudnia 2008 r. Safege S.A. nie zalegała z opłacaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenia społeczne oraz, że dołączono oświadczenie złożone przez Prezes Dyrektora Generalnego Safege S., złożone przed notariuszem na temat braku zaległości w uiszczaniu podatków, opłat i składek na ubezpieczenia społeczne.

- b) zaświadczenie z URSSAF Związek ds. Poboru Składek na Ubezpieczenia Społeczne i Świadczenia Rodzinne departamentu Iiie-et-Vilaine z dnia 20 stycznia 2009 r., wydane na dzień 31 grudnia 2008 r.
 - c) zaświadczenie - Wykaz roczny przedsiębiorstwa Safège S.A. – wystawione przez Generalną Dyрекcję Finansów Publicznych Dyрекcję Wielkich Przedsiębiorstw z dnia 20 stycznia 2009 r. z informacją na dzień 31 grudnia 2008 r.
- 4) na str. 9-11 oferty Safège S.A. zamieszczono w oryginalnej wersji językowej wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski dokument „Oświadczenie przysięgłe”, złożone przez Pana Benoît C. Dyrektora Generalnego Spółki o tym m.in., że spółka ta nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, które to oświadczenie zostało sporządzone w Nanterre dnia 15 września 2009 r. Z treści oświadczenia wynika, że zostało złożone w obecności notariusza – Pana Pierre R. notariusza w Nanterre.
- 5) na str. 169 – 225 oferty Safège S.A. załączono statut Spółki w oryginalnej wersji językowej wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, gdzie w art. 22 wskazuje się, że dyrekcja generalna spółki jest sprawowana na jej odpowiedzialność albo przez prezesa zarządu, albo przez osobę fizyczną mianowaną przez zarząd i noszącą tytuł dyrektora generalnego, natomiast wybór między tymi dwoma sposobami sprawowania dyrekcji generalnej zostaje dokonany przez zarząd w chwili powołania jego prezesa. W art. 22.1 przedostatni akapit wskazuje się, że Dyrektor Generalny posiada jak najszersze uprawnienia do działania w każdych okolicznościach w imieniu spółki. Wykonuje swoje uprawnienia w granicach przedmiotu spółki i z zastrzeżeniem tych, które prawo wyraźnie przyznaje zgromadzeniu akcjonariuszy, czy zarządowi. W art. 22.1 ostatni akapit wskazuje się natomiast, że Dyrektor Generalny reprezentuje spółkę w jej kontaktach z osobami trzecimi i że spółka zaciąga zobowiązania nawet przez czynności dyrektora generalnego, które nie dotyczą przedmiotu spółki, chyba że udowodni, że osoba trzecia wiedziała, że czynność wykraczała poza ten przedmiot lub, że osoba trzecia nie mogła nie wiedzieć, zważywszy na okoliczności, z tym wyjątkiem, że samo opublikowanie statutu nie wystarczy do uzyskania takiego dowodu.
- 6) termin składania ofert określony w SIWZ upływał w dniu 28 października

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy i przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ oraz oferty firmy Safege S.A. i oświadczenia Misji Ekonomicznej Ambasady Francji w Polsce z dnia 20 czerwca 2007 r., załączonego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego firmy Safege S.A., jak również z oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz - w przypadku stron postępowania i uczestnika postępowania Safege S.A. - ustnie do protokołu.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 188 ust. 6 ustawy Pzp nie dopuścił dwóch dowodów, o których przeprowadzenie wnioskował Odwołujący, tj. zwrócenia się do Ambasady Francuskiej w Polsce o wydanie zaświadczeń o oraz o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego znawcy prawa francuskiego, uznając iż okoliczności będące podstawą powołania wnioskowanych dowodów zostały potwierdzone innym dowodem (oświadczenie Misji Ekonomicznej Ambasady Francji w Polsce z dnia 20 czerwca 2007 r. i ich przeprowadzenie prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu oraz, co do drugiego z wnioskowanych dowodów, uznając, że przeprowadzenie dowodu z prawa jest bezpodstawne.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nie zachodzą wskazywane przez Odwołującego podstawy do wykluczenia wykonawcy Safege S.A. z udziału w postępowaniu ani odrzucenia jego oferty.

W pierwszym rzędzie skład orzekający Izby rozpoznając złożone odwołanie stwierdził, że wszystkie zarzuty podnoszone przez Odwołującego opierają się w większości na przypuszczeniach i domniemaniach Odwołującego. Odwołujący swoją argumentację, dotyczącą podniesionych zarzutów, opiera na nieudowodnionych twierdzeniach wskazując, co najwyżej na przeprowadzenie przez Izbę dowodów z urzędu. Skład orzekający Izby zauważa, że postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydyczny; w pierwszym rzędzie to strony postępowania oraz jego uczestnicy mają obowiązek przedkładania dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Na powyższe wskazują przepisy ustawy Pzp (zwłaszcza art. 188 ust. 1 ustawy Pzp – „*Strony są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne*”), jak również generalna zasada obowiązująca w postępowaniu z użyciem środków ochrony prawnej, tj. szybkość takiego postępowania. Jeśli więc Odwołujący stawia określone

zarzuty wywodząc określone naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego powinien udowodnić swoje twierdzenia, gdyż na nim spoczywa ciężar dowody.

Niemniej, niezależnie od powyższego, Izba - w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie - ustaliła, że żaden z podnoszonych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Safege S.A. i odrzucenia jego oferty skład orzekający Izby ustalił, iż faktycznie budzić może wątpliwości zakres dokumentów francuskich urzędów przedkładanych przez Safege S.A. na potwierdzenie nie zalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne z uwagi na aktualność tego dokumentu. Zgodnie bowiem z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od wykonawców, aktualność tych dokumentów została określona jako 6 miesięczna, licząc od dnia upływu terminu składania ofert. Izba ustaliła na podstawie wiarygodnych dowodów, w tym przede wszystkim informacji z Misji Ekonomicznej Ambasady Francji w Polsce, że we Francji wykonawcy w celu ubiegania się o zamówienie mogą uzyskać roczne informacje o braku zaległości podatkowych, czy też składek na ubezpieczenia społeczne. Nawet jeśli – jak przypuszcza tylko, a w żaden sposób nie udowadnia, Odwołujący – we Francji dla innych celów firmy mogą uzyskiwać częściej takie dokumenty nie mogą być one uznane za adekwatne do celów zamówień publicznych skoro właśnie w tym ustawodawca francuski przewidział wydawane szczególnych zaświadczeń rocznych dla wykonawców. Zatem nie z uwagi na zakres treściowy informacji z francuskich urzędów o niezaleganiu z należnościami publicznoprawnymi (podatki, składki na ubezpieczenia społeczne), lecz z uwagi na aktualność tych dokumentów w kontekście przepisów polskiego rozporządzenia w sprawie dokumentów, budzić może wątpliwości przedłożenie w niniejszym postępowaniu wskazanych dokumentów. Skład orzekający Izby uznał jednak, że skoro powyższe dokumenty budzą pewne wątpliwości istotnym jest ocena w tym przypadku również przedłożonego wraz z ofertą oświadczenia („*Oświadczenie przysięgłe*”), złożonego przez Pana Benoît C. Dyrektora Generalnego Safege S.A., złożonego we Francji w dniu 15 września 2009 r. przed notariuszem o niezaleganiu ze wskazanymi należnościami. Oświadczenie to – zdaniem Izby – jest prawidłowe w świetle przepisów przywoływanego rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przepis § 2 ust. 3 rozporządzenia stanowi bowiem o oświadczeniu złożonym przed notariuszem, a takowe zostało złożone przez osobą umocowaną do reprezentacji Safege S.A. przed Panem Pierre R. notariuszem w Nanterre.

Odwołujący wywodzi, powołując się wyłącznie na przepisy polskiej ustawy Prawo o notariacie, że oświadczenie takie powinno być złożone wyłącznie w formie aktu notarialnego. Jego zdaniem przedłożone przez Safège S.A. oświadczenie ma wyłącznie formę pisemną, a notariusz w tym zakresie pełnił funkcje jedynie osoby stwierdzającej wiarygodność podpisu.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie miał uprawnień do tak daleko idącego uproszczenia w przedstawionej argumentacji. Przedłożone przez Safège S.A. oświadczenie przysięgłe zostało złożone – jak wprost wynika z jego treści (tak według tłumaczenia przysięgłego, jak i oryginalnej wersji językowej oświadczenia) – w obecności notariusza. Z powyższego należy wywodzić, że Pan Benoît C. Dyrektor Generalny Safège S.A. stawiał się przed Panem Pierre R. notariuszem i złożył określonej treści – o niezaleganiu z należnościami publicznoprawnymi – oświadczenie. Powyższe wypełnia tak wymogi polskiego rozporządzenia w sprawie dokumentów („oświadczenie złożone przed notariuszem”), jak i przywoływanego przez Odwołującego dopiero w treści odwołania postanowienia dyrektywy 2004/18/WE (art. 45). Okoliczność, iż w świetle polskiego prawa (Prawo o notariacie) oświadczenie takie składane jest w formie aktu notarialnego nie oznacza, że w świetle prawa francuskiego powyższe nie musi mieć takiej formy. Skoro bowiem przed podmiotem zaufania publicznego jakim jest notariusz stawiała się określona osoba, składając w imieniu spółki Safège danej treści oświadczenie, co potwierdził notariusz, to powyższe jest wystarczające dla wypełniania wymogów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które także nie wskazuje jako niezbędnej dla takiego oświadczenia formy aktu notarialnego.

Co najwyżej należy wskazać, że mogłaby budzić wątpliwości treść oświadczenia, które potwierdza notariusz w sytuacji gdyby z samej treści oświadczenia nie wynikało, że określonej treści oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem. Mogłoby to mieć miejsce w sytuacji, gdyby np. oświadczenie zostało przygotowane na piśmie odrębnie nie w obecności notariusza, a rola notariusza sprowadzałaby się do sytuacji wyłącznie poświadczenia podpisu pod takim oświadczeniem np. na podstawie przedkładanego wzoru podpisu. Są to jednak wyłącznie przypuszczenia i dywagacje bowiem z taką sytuacją w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia.

Reasumując Izba uznała, że oświadczenie złożone przez Pana Benoît C. Dyrektor Generalny Safège S.A. przed notariuszem w Nanterre w dniu 15 września 2009 r. jest wystarczające dla wypełniania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Co do drugiego z podnoszonych zarzutów, iż Pan Benoît C. Dyrektor Generalny nie był upoważniony do działania w imieniu Safège S.A. skład orzekający Izby zwraca ponownie uwagę, że Odwołujący również w tym zakresie na poparcie postawionego zarzutu snuje

jedynie przypuszczenia, wywodząc jedynie, że Safege S.A. w żaden w sposób nie udowodnił, że wskazana osoba ma prawo do jednoosobowego działania w imieniu tego wykonawcy, przenosząc tym samym z siebie w sposób nieuprawniony ciężar dowodowy. Odwołujący jako „koronny” dowód wskazuje treść polskich przepisów Kodeksu Spółek Handlowych, odnosząc je do zasad reprezentacji we francuskiej spółce handlowej. W ocenie składu orzekającego Izby przedłożone wraz z ofertą dokumenty, w tym przede wszystkim statut spółki oraz wyciąg z rejestru (Kbis), wskazują, że po pierwsze osoba Pana Benoît C. została ujawniona w treści dokumentu rejestrowego jako Dyrektor Generalny Safege S.A., zaś po drugie posiada uprawnienie do nieograniczonej reprezentacji Safege S.A. co wynika z art. 22.1 statutu spółki.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uwzględniając w tym względzie uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę, noclegu, parkingu i diety.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....