

Sygn. akt: KIO 2442/15
KIO2443/15
KIO 2452/15

WYROK
z dnia 27 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz

Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 20, 23 listopada 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2015r. przez :

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii,
Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,** ul. Konstruktorska 11A

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum**

Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz **ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie,** ul. Kazimierza Czapińskiego 3

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORPOL Spółka**

Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8,01601

Kijów oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Wilczy Dół 5**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Vianini Lavori S. p. A z siedzibą we Włoszech w Rzymie, Via Montello 10, Grandi Lavori Fincosit S. p. A z siedzibą we Włoszech w Rzymie, Piazza F. De Lucia 60/65, Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S. p. A z siedzibą we Włoszech w Vicenza, Viale dell'Industria 42 i Mota – Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2442/15 po stronie zamawiającego

1

przy udziale **wykonawcy Astaldi S. p. A z siedzibą we Włoszech w Rzymie, ul. G.V. Bona 65** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2442/15 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8 oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2443/15 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt AŞ z siedzibą w Turcji w Ankarze, Konya Devleti yolu 23. Km no. 111 Gölbaşı – Ankara** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2443/15 i 2452 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2452/15 po stronie odwołującego

orzeka:

1A. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w**

Hiszpanii, Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A w całości

1B. oddała odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3** w całości

1C. oddała odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8,01601 Kijów oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192** w całości

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z**

2

siedzibą w Hiszpanii, Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8,01601 Kijów oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr.** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:**

- ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A**

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3**

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8,01601 Kijów oraz Tines Engineering**

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

- siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Wilczy Dół 5**

- tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:**

- ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz**

3

Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3**

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORPOL**

**Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna
Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul.
Prorizna 8,01601 Kijów oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192**

na rzecz zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd
Transportu Miejskiego w Warszawie w imieniu i na rzecz którego działa Metro
Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul.
Wilczy Dół 5 kwotę 10 800 zł 00 gr.** (słownie : dziesięć tysięcy osiemset złotych zero
groszy) tj. po 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od
każdego z odwołujących stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione
przez zamawiającego tytułem kosztów zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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:

Członkowie:

.....

4

**Sygn. akt KIO 2442/15
KIO 2443/15
KIO2452/15**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na
„Wykonanie robót oraz prac projektowych niezbędnych do wykonania:

Zadania nr 1:

1). budowa II linii metra w Warszawie I etap realizacji odcinka zachodniego od szlaku za - -
stacją C9 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C6;
Projektów Wykonawczych, Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, dokumentacji
powykonawczej, Instrukcji obsługi i konserwacji w zakresie określonym w PFU wraz z załącznikami; uzupełnienie Planu
Ruchu Zakładu Górniczego i wniosku o jego zatwierdzenie
przekazanego Wykonawcy przez Zamawiającego, jak również uzyskanie zatwierdzenia
powyższego Planu przez właściwy organ nadzoru górniczego albo

Zadania nr 2:

1). budowa II linii metra w Warszawie - I etap realizacji odcinka wschodniego-północnego -
od szlaku za stacją C15 „Dworzec Wileński” do torów odstawczych za stacją C18;
2). Projektów Wykonawczych, Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, dokumentacji
powykonawczej, Instrukcji obsługi i konserwacji w zakresie określonym w PFU wraz z
załącznikami; uzupełnienie Planu Ruchu Zakładu Górniczego i wniosku o jego zatwierdzenie
przekazanego Wykonawcy przez Zamawiającego, jak również uzyskanie zatwierdzenia
powyższego Planu przez właściwy organ nadzoru górniczego”, (Nr referencyjny:
K/I/226/2014/00055/EDSO), ogłoszonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne
Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i
na rzecz działu Metro Warszawskie Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5
ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18
października 2014 r. za numerem 2014/S 201-353978.

W dniu 29 października 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku
postępowania, w tym o wyborze dla zadania nr 1 jako najkorzystniejszej oferty złożonej
przez wykonawcę GULERMAK Agir Sanayi Insaat ve Taahhut A.S. Konya Devlet Yolu 23.
km Gölbaşı 06830 ANKARA, TURKEY, na drugim miejscu znalazło się konsorcjum TORPOL
S.A. z oceną 91, 01 punkta, na trzecim miejscu Dogus Insaat ve Ticaret A.S. z punkcją
68,26 punkta i na czwartym Metrostav Polska S.A. z punkcją 67,39. Do oceny ofert nie
dopuszczono Konsorcjum Inżynieria Rzeszów S.A. W zadaniu drugim zamawiający wybrał
ofertę ASTALDI S.p.A. ul. Giulio Vincenzo Bona 65, na drugim miejscu znalazła się oferta

Vianini Lavori S.p.A. z punktacją 96,94, na trzecim miejscu konsorcjum ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. z punktacją 85, 36, a na czwartym BUDIMEX S.A. z oceną 62,37 punkta.

W ramach czynności sprawdzających Izba ustaliła, że wszystkie odwołania zostały wniesione na czynności zamawiającego, o których poinformował w dniu 29 października 2015r. i wszystkie zostały wniesione w dniu 9 listopada 2015r.

Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 lipca 2015r. udzielonego przez lidera konsorcjum tj. Acciona Infraestructuras, w imieniu którego działał pełnomocnik umocowany na podstawie pełnomocnictwa notarialnego – w przedmiocie nadania formy aktu notarialnego uchwały Administratorów Umocowanych do Reprezentacji łącznej spółki z dnia 23 lipca 2014r. - z dnia 25 lipca 2014r. udzielonego przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo notarialne z dnia 8 czerwca 2012r. nr 1217. Uchwała została podjęta przez Wspólnych Administratorów ujawnionych w poświadczonym odpisie z Rejestru Handlowego w Madrycie we wpisach nr 793 i 794. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 lipca 2015r. udzielonego przez partnera Konsorcjum – Mostostal Warszawa i udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 listopada 2015r.

W dniu 10 listopada 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału postępowaniu odwoławczym. W dniu 13 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Vianini Lavori S. p. A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie, Via Montello 10, Grandi Lavori Fincosit S. p. A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie, Piazza F. De Lucia 60/65, Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S. p. A. z siedzibą we Włoszech w Vicenza, Viale dell' Industria 42 i Mota – Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W, wskazując, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w razie uwzględnienia odwołania zostaną wykluczeni z postępowania lub też zmuszeni do złożenia wyjaśnień lub dodatkowych dokumentów na wykazanie spełniania warunków

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Niedostarczenie tych dokumentów mogłoby z kolei prowadzić do utraty wadium. Zaś uwzględnienie żądania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa może prowadzić do ich ujawnienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 listopada 2015r. udzielonego przez lidera Konsorcjum i podpisanego przez pełnomocnika zarządu ujawnionego w odpisie Izby Handlowej w Rzymie. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 23 lipca 2015r. udzielonego przez wszystkich członków konsorcjum. Brak odpisów z KRS dla partnerów konsorcjum. Kopia zgłoszenia została przesłana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 13 listopada 2015r.

W dniu 13 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Astaldi S. p. A z siedzibą we Włoszech w Rzymie, ul. G.V. Bona 65 wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz wskazując, że jego oferta jest zgodna z siwz, uwzględnia pełen zakres zamówienia i zawiera rzetelną kalkulację, a nadto informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa zasługują na ochronę w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 lipca 2015r. udzielonego przez pełnomocnika zarządu ujawnionego w odpisie z Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Rzymie. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 listopada 2015r. faksem.

Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3 zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 października 2015r. udzielonego przez lidera Konsorcjum i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 30 czerwca 2015r. udzielonego przez obu członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji, każdego z członków konsorcjum tj. za lidera przez prezesa i członka zarządu i za partnera przez prokurenta oddzielnego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 listopada 2015r.

W dniu 10 listopada 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TORPOL Spółka

7

Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8 oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192 wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że jako wykonawcy niewykluczeni, których oferta nie została odrzucona i została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert mają interes w oddaleniu odwołania, gdyż jego uwzględnienie pozbawi ich możliwości uzyskania zamówienia w ramach zadania nr 1. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 listopada 2015r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lipca 2015r. udzielonego przez Tines Engineering i podpisanego przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 sierpnia 2015r. udzielonego przez Kyivmetrobud i podpisanego przez kierownika ujawnionego w wyciąg z Jedyne Państwowego Rejestru osób prawnych i osób fizycznych – przedsiębiorców w Kijowie. Do zgłoszenia załączono dowody przekazania zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 13 listopada 2015r.

W dniu 13 listopada 2015 do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Turcji w Ankarze, Konya Devletiyolu 23. Km no. 111 Gölbaşı – Ankara wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, gdyż osoba podpisująca ofertę była należycie umocowana, a zgłaszający wykazał w sposób prawidłowy brak podstaw wykluczenia. Zgłaszający podniósł, że jako wykonawca wybrany ma interes w oddaleniu odwołania, gdyż tylko taki wynik pozwoli mu utrzymać dotychczasową pozycję w postępowaniu i uzyskać zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 marca 2015r. podpisanego przez prezesa i zastępcę prezesa zarządu należących do grupy A osób upoważnionych w imieniu zgłaszającego m. in. do wystawiania upoważnień do reprezentowania spółki, podejmowania w jej imieniu decyzji o cedowaniu, znoszeniu i unieważnianiu udzielonych pełnomocnictw. Karta wzorów podpisów z dnia 12 lutego 2015r. obejmuje obie osoby podpisujące pełnomocnictwo z dnia 16 marca 2016r. Z art. 3 lit. a Rejestru Handlowego Oddział w Ankarze nr 8757 wynika, że do udzielania pełnomocnictwa dotyczącego działalności spółki uprawniony jest tylko zarząd spółki. Jeśli osoby, które otrzymały upoważnienie od zarządu w tym regulaminie nie są wymienione we wzorze podpisów, nie można poprzez sporządzenie pełnomocnictwa tych zadań przekazać żadnej

8

osobie ani ze spółki, ani też spoza niej. Kopia zgłoszenia została przekazana

zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 listopada 2015r. drogą elektroniczną. Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G, Publiczna Spółka Akcyjna „KYJRWMETROBUD” z siedzibą na Ukrainie w Kijowie, ul. Prorizna 8, 01601 Kijów oraz Tines Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królowej Jadwigi 192 zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 listopada 2015r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lipca 2015r. udzielonego przez Tines Engineering i podpisanego przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 sierpnia 2015r. udzielonego przez Kyivmetrobud i podpisanego przez kierownika ujawnionego w wyciąg z Jedyne Państwowego Rejestru osób prawnych i osób fizycznych – przedsiębiorców w Kijowie. Do odwołania załączono dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 9 listopada 2015r.

W dniu 10 listopada 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Turcji w Ankarze, Konya Devletyolu 23. Km no. 111 Gölbaşı – Ankara. W dniu 13 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Turcji w Ankarze, Konya Devletyolu 23. Km no. 111 Gölbaşı – Ankara wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, gdyż wiedza i doświadczenie zgłaszającego zostały zweryfikowane przez zamawiającego na rzecz, którego realizowane było wskazane w wykazie zamówienie, nadto cena oferty została wyceniona z należytą starannością, obejmuje cały przedmiot zamówienia i zamawiający nie miał do niej zastrzeżeń. Zgłaszający podniósł, że jako wykonawca wybrany ma interes w oddaleniu odwołania, gdyż tylko taki wynik pozwoli mu utrzymać dotychczasową pozycję w postępowaniu i uzyskać zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 marca 2015r. podpisanego przez prezesa i zastępcę prezesa zarządu należących do grupy A osób upoważnionych w imieniu zgłaszającego m. in. do wystawiania upoważnień do reprezentowania spółki, podejmowania w jej imieniu decyzji o cedowaniu, znoszeniu i unieważnianiu udzielonych pełnomocnictw. Karta wzorów podpisów z dnia 12 lutego 2015r.

9

obejmuje obie osoby podpisujące pełnomocnictwo z dnia 16 marca 2016r. Z art. 3 lit. a Rejestru Handlowego Oddział w Ankarze nr 8757 wynika, że do udzielania pełnomocnictwa dotyczącego działalności spółki uprawniony jest tylko zarząd spółki. Jeśli osoby, które otrzymały upoważnienie od zarządu w tym regulaminie nie są wymienione we wzorze podpisów, nie można poprzez sporządzenie pełnomocnictwa tych zadań przekazać żadnej osobie ani ze spółki, ani też spoza niej. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 listopada 2015r. drogą elektroniczną.

W dniu 13 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czaplińskiego 3 wnosząc o uwzględnienie odwołania i wskazując, że zgłaszający ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje wyeliminowanie wykonawcy wybranego w zdaniu 1 i przybliży zgłaszającego do uzyskania i realizacji zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa i członka zarządu lider konsorcjum, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcyjnego z dnia 30 czerwca 2015r. udzielonego przez obu członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji, każdego z członków konsorcjum tj. za lidera przez prezesa i członka zarządu i za partnera przez prokurenta oddzielnego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 12 listopada 2015r. faksem.

Sygn. akt KIO 2442/15

W dniu 9 listopada 2015r. w zakresie zadania 2 odwołanie wnieśli Konsorcjum: ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, Alcobendas Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja oraz Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A.

Odwołujący zaskarżył dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, zwaną dalej „Astaldi”, pomimo że dokonanie wyboru oferty nastąpiło z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy), w powiązaniu z naruszeniami wskazanymi w pkt. 2-4 poniżej; zaniechanie uchylenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowę udostępnienia informacji zawartych w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym (WHRF) złożonym w ofertach

10

wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum firm: Vianini Lavori S.p.A (lider), Grandi Lavori Fincosti S.p.A, Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A., Mota - Engil Central Europe S.A., zwanego dalej „Konsorcjum Vianini”, poprzez błędne uznanie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnień wykonawców w tym zakresie i utrzymanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, co w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „uznk” oraz art. 7 ust. 1 ustawy, a także ograniczenie praw wykonawców wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do bezzasadnie utajnionego dokumentu stanowiącego treść oferty; zaniechanie wezwania Astaldi i Konsorcjum Vianini do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do elementów cenotwórczych złożonych przezeń ofert na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy w celu ustalenia czy oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że ceny ofert obu wykonawców są znacząco niższe od ofert pozostałych wykonawców oraz budżetu zamawiającego; zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Vianini z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „siwz”, w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się wbrew wymogowi zamawiającego niezakończoną protokołem odbioru końcowego inwestycją, z zastrzeżeniem ewentualnego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący Acciona wskazał, że w przypadku uznania słuszności zarzutów odnoszących się do wybranego wykonawcy, oferta Konsorcjum Acciona może w konsekwencji powtórzonego badania i oceny ofert i dalszych czynności w tym zakresie zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym, zamawiający dokonując wyboru oferty

Astaldi z naruszeniem powołanych przepisów, pozbawił odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym naruszył jego interes i doprowadził do powstania szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia..

Odwołujący Acciona wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie dokonanego w dniu 29 października 2015 r. w postępowaniu wyboru oferty złożonej przez Astaldi jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert w postępowaniu, w tym:

11

a) nakazanie uchylenia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Wstępnych Harmonogramów Rzeczowo - Finansowych złożonych w ofertach Astaldi i Konsorcjum Vianini;

b/ nakazanie wezwania Astaldi i Konsorcjum Vianini na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy do

złożenia wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty w celu ustalenia czy nie jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c/ nakazanie wykluczenia Konsorcjum Vianini z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.2. siwz, w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się wbrew wymogowi zamawiającego niezakończoną protokołem odbioru końcowego inwestycją, z zastrzeżeniem ewentualnego nakazania wcześniejszego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący Acciona w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania uchylecia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowy udostępnienia informacji zawartych w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym złożonym w ofertach wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum Vianini, podniósł, że zamawiający błędnie uznał za wystarczające udzielone na jego wezwanie z dnia 21 sierpnia 2015 r. wyjaśnienia wymienionych wykonawców w zakresie utrzymania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Wstępnych Harmonogramów Rzeczowo - Finansowych i w efekcie bezpodstawnie zaniechał odtajnienia tych dokumentów. Zamawiający przyjmując za wiążące wyjaśnienia złożone przez wykonawców Astaldi i Konsorcjum Vianini z dnia 27 sierpnia 2015 r. co do spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i przyjmując bezrefleksyjnie za słuszne wyrażone w pismach wymienionych wykonawców poglądy, dopuścił się naruszenia wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy zasady jawności postępowania oraz przekroczenia granic utajniania dokumentów w rozumieniu art.

8 ust. 2 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, uniemożliwiając w konsekwencji zapoznanie się pozostałym wykonawcom z WHRF i naruszając w ten sposób art. 96 ust. 3 ustawy. Zdaniem odwołującego Acciona, działania zamawiającego polegające na odmowie ujawnienia informacji zawartych we Wstępnych Harmonogramach Rzeczowo - Finansowych na żądanie odwołującego, a tym samym - zaniechanie udostępnienia pełnej dokumentacji w tym zakresie, mimo braku podstaw w tym zakresie, naruszają nie tylko zasady jawności i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, lecz przede wszystkim - z uwagi na ograniczenie przez zamawiającego dostępności dokumentacji postępowania, bezspornie wpływają na utrudnienie realizacji uprawnień wykonawców w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej w odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczących elementów treści oferty mogących mieć wpływ nie tylko na potwierdzenie jej

12

zgodności z treścią siwz, lecz również oceny w zakresie elementów cenotwórczych, co tym samym narusza art. 179 ust. 1 ustawy. W konsekwencji postępowanie zamawiającego wpłynęło na ograniczenie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy), a także istotnie ograniczyło możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do bezzasadnie utajnionego dokumentu stanowiącego treść oferty.

Odwołujący Acciona uważa, że zawarte w utajnionych Harmonogramach informacje nie potwierdzają spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z postanowieniami pkt. 10.10 tiret czwarte siwz Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy w odniesieniu do Zadania 2 powinien być opracowany zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8B do siwz, zawierającym terminy wykonania dokumentów i robót budowlanych stanowiących elementy węzłowe objętych przedmiotem zamówienia oraz wszelkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Odwołujący Acciona podniósł, że struktura Harmonogramu została określona przez samego zamawiającego, a zatem nie posiada on co do zasady cech indywidualnych wskazujących, iż został opracowany w oparciu o dane lub zdolności służące jedynie danemu wykonawcy. Kolejność realizacji poszczególnych robót stanowiących przedmiot zamówienia jest zdeterminowana technologią ich realizacji wynikającą z PFU, zaś technologie te są powszechnie znane, a żadna z nich nie ma charakteru unikalnego. Stąd dobór ścieżki krytycznej jako taki nie ma, w ocenie odwołującego Acciona charakteru unikalnego dla danego wykonawcy, lecz w poważnej części jest przesądzony wymogami technologicznymi. Nawet jeżeli Harmonogram przewiduje sposób zarządzania ryzykiem w trakcie realizacji Kontraktu, na co zwraca uwagę Astaldi, to i tak kolejność realizacji robót jest następstwem przyjętej technologii. Zarządzanie ryzykiem nie jest zatem odzwierciedlone w Harmonogramie, lecz obejmuje zespół

działań zmierzających do wykonania poszczególnych elementów Harmonogramu w terminach w nim zaplanowanych. Jest do zatem informacja nie ujęta w Harmonogramie jako takim.

Przyjęta w PFU technologia realizacji robót przesądza także o organizacji budowy, co oznacza, że Harmonogram także w tym zakresie trudno, zdaniem odwołującego Acciona, uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zobrazowanie kosztów realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w Harmonogramie również nie ma charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Samo zaprezentowanie kosztu tam wskazanego nie jest w stanie ujawnić jakkolwiek tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pewne elementy kosztotwórcze związane z realizacją Kontraktu mogą zostać przypisane tylko do pewnych elementów robót. Ponadto, sama wartość elementu robót nie pozwala jeszcze na ustalenie ani źródeł zaopatrzenia, ani uwarunkowań

13

organizacyjnych tego elementu robót przyjętych przez danego wykonawcę, ani wreszcie unikalnych technik jego realizacji.

Można mieć zatem, w ocenie odwołującego Acciona, uzasadnione wątpliwości co do faktycznego i rzetelnego przeprowadzenia przez zamawiającego analizy zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w kontekście udzielonych przez wykonawców wyjaśnień w odniesieniu do zastrzeżonych Harmonogramów.

Zdaniem odwołującego Acciona, Astaldi nie przedstawił wystarczającej argumentacji uzasadniającej utrzymanie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec informacji zawartych w Harmonogramach. Analogicznie - za całkowicie niewystarczające, a wręcz lakoniczne należy uznać wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Vianini. Wzory formularzy rzeczonych harmonogramów w odniesieniu do obu zadań w przetargu zostały określone przez zamawiającego w załącznikach nr 8A i 8B do siwz (odpowiednio - dla Zadania 1 i Zadania 2).

Zgodnie z pkt. 10.10 siwz Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, pomimo że ma charakter (werbalnie) informacyjny i pomocniczy, zawiera informacje o wszystkich terminach wykonania dokumentów i zakresach robót budowlanych stanowiących elementy „węzłowe” objętych przedmiotem zamówienia oraz informacje o wszystkich kosztach oferty składających się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia, z podziałem na poszczególne elementy tego przedmiotu. Ponadto, odwołujący Acciona zwrócił uwagę, iż charakter pomocniczy nie oznacza charakteru niewiążącego. Zgodnie z postanowieniami umowy (§5 pkt. 6), oferta wykonawcy wraz załącznikami stanowi integralną część umowy, jako załącznik do niej. Z kolei, Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy stanowi załącznik oferty, o czym przesądza pkt. 10.10 tiret czwarte siwz. Co więcej, zgodnie z pkt. 2.5. Ogólnych Warunków Umowy, oferta wykonawcy wraz z załącznikami (a zatem wraz ze Wstępnym Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym) ma rangę hierarchicznie wyższą od Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, który ma być

przedłożony po zawarciu umowy. Poza tym, wprowadzenie Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego nastąpi na podstawie zmiany do umowy, na co wskazują postanowienia pkt. 1.23. oraz pkt. 2.6. ppkt 3 Ogólnych Warunków Umowy. Tym samym, o ile wykonawca nie zgodzi się na zmianę umowy polegającą na wprowadzeniu Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, to jedynym wiążącym strony dokumentem określającym terminy realizacji przedmiotu zamówienia będzie Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy stanowiący załącznik do oferty(I).

Nie ulega zatem, w ocenie odwołującego Acciona, wątpliwości, że skoro wyżej wskazane zakresy robót oraz de facto kolejność ich wykonania zostały narzucone przez zamawiającego, brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, by wynikające WHRF informacje stanowić mogły jakiegokolwiek know how wykonawców w zakresie wykonania

14

zamówienia. Nie można więc twierdzić, iż w świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust 4 uznk, informacje zawarte w WHRF obu wykonawców były na tyle odmiennymi od WHRF innych wykonawców informacjami o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym przedsiębiorstwa posiadającymi wartość gospodarczą, by uzasadniały zastosowanie wobec nich ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie przydaje im tego waloru również fakt nieudostępniania tych informacji do publicznej wiadomości.

Zdaniem Acciona działanie wykonawców polegające na utajnieniu spornych harmonogramów może mieć wpływ na ukrycie ewentualnych istotnych wad tego dokumentu mogących z kolei w konsekwencji potwierdzać wystąpienie istotnych niezgodności z treścią siwz skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, jak również - uniemożliwić ocenę w zakresie elementów cenotwórczych oferty, co tym samym znacznie ogranicza pozostałym wykonawcom ewentualne podnoszenie zarzutów w ramach środków ochrony prawnej również w tym zakresie.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Astaldi oraz Konsorcjum Vianini do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do elementów cenotwórczych złożonych przezeń ofert na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, odwołujący Acciona wskazał, na zadanie 2 ustalony przez zamawiającego budżet to: 1.489.952.904,75 PLN brutto. Oferty na tę część zamówienia złożyło 4 wykonawców. W porównaniu do budżetu do zamawiającego oferta Astaldi jest aż o 28,40%, a oferta Konsorcjum Vianini o 25,89% niższa. W świetle powyższych okoliczności zatem, w świetle aż tak dużej różnicy w cenie, zamawiający, zdaniem odwołującego Acciona winien powziąć zasadnicze wątpliwości co do wystąpienia znamion rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz co do realności jego wykonania za zaoferowaną cenę. Odwołujący wskazał, że w związku z utajnieniem przez Astaldi i Konsorcjum Vianini Wstępnych Harmonogramów Rzeczowo-Finansowych nie jest możliwe jednoznaczne odniesienie się do konkretnych elementów cenotwórczych. W świetle jednak wcześniej postawionych zarzutów oraz wątpliwości odwołującego co do rzetelności weryfikacji wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący Acciona za w pełni uzasadnione uznaje również podniesienie zarzutu zaniechania wezwania obu wskazanych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie - art. 90 ust. 1 ustawy, czego zamawiający zaniechał. Jakkolwiek do przedmiotowego postępowania nie znajduje zastosowania art. 90 ust. 1 PZP w nowym brzmieniu, to odwołujący Acciona wskazał na orzecznictwo Izby, w tym wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2766/14, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1603/13. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu wziął udział ograniczony krąg wykonawców. Było to uzasadnione charakterem i zakresem przedmiotu zamówienia, jak również jego znaczącą wartością. W związku z przywołanymi okolicznościami w postępowaniu wzięły udział firmy z międzynarodowych grup kapitałowych lub konsorcja z udziałem takich firm. Były to przy tym firmy z podobnym doświadczeniem.

15

Zdaniem odwołującego Acciona trudno uznać, aby tylko niektóre z nich były w stanie wyszacować zamówienie niemal o 1/4 taniej niż kwota określona przez zamawiającego. Okoliczność taka, przy uwzględnieniu konieczności dochowania zasady równego traktowania wykonawców, rodzić powinna obowiązek wszczęcia postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, czego jednak zamawiający zaniechał.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Vianini z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.2. siwz, odwołujący Acciona wskazał na treść opisu sposobu dokonania oceny warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 5.3.2 siwz i podniósł, że w złożonym przez Konsorcjum Vianini „Wykazie wykonanych robót budowlanych” przedstawiono jedno zadanie, polegające na wykonaniu „Projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizacji nowej linii metra „C” w Rzymie, na odcinku Clodio/Mazzini - Monte Compatri/Pantano oraz hali serwisowej „Officina Graniti” Z informacji zawartych w Wykazie wynika, że zadanie to było wykonywane w okresie 12.04.2006 - 11.05.2015 r. oraz obejmowało: roboty dotyczące odcinka Hala serwisowa „Officina Graniti” - T2 - T6A - T5 (pierwsza część od Hali serwisowej Officina Graniti do stacji Parco di Centocelle), zawierające:

- dwa tunele wykonywane od stacji Giardinetti do stacji Parco di Centocelle na łączną długość 7+400 km (Bp 3 + 720 Bd 3+ 680) wykonane w technologii tarcz zmechanizowanych TBM -EPB

- 5 stacji podziemnych
- 10 stacji nadziemnych

- roboty dla odcinka T5 i T4 (druga część od stacji Parco di Centocelle do stacji Lodi), zawierające:

- dwa pojedyncze tunele wykonane w technologii tarcz zmechanizowanych TBM - EPB o długości całkowitej 10+457 km (Bp 5 + 205 Bd 5+ 252), wszystkie wykonane w centrum miasta i w strefie gęsto zabudowanej, z odcinkiem obejmującym 2 stacje podziemne - stację

Teano (0+223 km) i stację Malatesta (0+110 km) - z przejściem tarcz TBM przez konstrukcje tych stacji, wraz z wszystkimi systemami technologicznymi dla linii (trakcja elektryczna, sygnalizacja, etc.)

- wyposażenie obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe."

Z treści dołączonego do Wykazu poświadczenia wynika jednak, że wykazane roboty, nie stanowią całości inwestycji, gdyż jak potwierdzają zawarte w poświadczeniu „Dane kontraktowe” data zakończenia prac całości przypada na 31.12.2015 r., co tym samym - potwierdza fakt nieukończenia całej inwestycji w ramach realizowanego jeszcze kontraktu (zamówienia). Innymi słowy, w ocenie odwołującego Acciona, brak jest podstaw do

16

twierdzenia, by spełniony został określony w siwz wymóg, według którego ma to być „budowa zakończona protokołem odbioru końcowego”.

Zdaniem odwołującego interpretacja opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku winna być dokonywana ściśle. Skoro intencją zamawiającego było potwierdzenie spełniania wymogu polegającego na wykazaniu się zakończeniem budowy protokołem odbioru końcowego, nie można stwierdzić, by za wystarczające w rzeczonym przypadku można było uznać wykazanie się częściowym wykonaniem inwestycji, w odniesieniu do którego wydano co najwyżej protokół/ty częściowy/e.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem odwołującego Acciona, warunek nie został tu spełniony i wskazany wykonawca podlega tu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania tego wykonawcy do dokonania uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 ustawy.

W dniu rozprawy odwołujący złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu rozprawy przystępujący Astaldi złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2443/15

W dniu 9 listopada 2015r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Inżynieria Rzeszów ZUE: INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59 A oraz ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapieńskiego 3 wnieśli odwołanie w zakresie zadania 1 wobec: czynności wykluczenia odwołującego Inżynieria z postępowania, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy; wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT

ANONIM SIRKETI, zwanego w dalszej treści niniejszego odwołania „Gulermak”, który także nie wykazał, iż nie wystąpiły wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, czym naruszono przepisy art 7 ust 1, art 89 ust 1 pkt. 2 i 8, art 24 ust 2 pkt. 4 ustawy; zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez Gulermak z uwagi na okoliczność, że została podpisana przez osobę wadliwie umocowaną co powoduje, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, czym naruszono art 7 ust. 1, art 89 ust 1 pkt. 2 i 8 ustawy w zw. z art. 104 kc; zaniechaniu wykluczenia Gulermak z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wykazał iż nie wystąpiły wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust,2 pkt. 4 ustawy; alternatywnie, zaniechaniu wezwania na wyjaśnienia treści złożonej oferty, wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw

17

wykluczenia z postępowania z powodu okoliczności, o których mowa w punktach 2,3 i 4 zarzutów odwołania, czym naruszono przepisy art 87 ust. 1, art. 26 ust. 3 i ust.4 ustawy; zaniechaniu czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL SA, Publiczna Spółka Akcyjna KYJVMETROBUD, TINES ENGINEERING Sp. z o.o., zwanych w dalszej treści odwołania „Konsorcjum Torpol” do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej koniecznej do realizacji zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art 26 ust. 3 i ust 4 ustawy zaś w przypadku nie

uzupełnienia dokumentów, zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w trybie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

Odwołujący Inżynieria wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty złożonej przez Gulermak oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania; alternatywnie, wezwania Gulermak do wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia Gulermak z postępowania; wezwania Konsorcjum Torpol do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej koniecznej do realizacji zamówienia, zaś w przypadku ich nieuzupełnienia, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania; powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania. W dniu 29 października 2015 roku zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący Inżynieria w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 21 ust 2 pkt. i ustawy na skutek bezprawnego wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że podstawa jego wykluczenia było nie złożenie wraz z ofertą ani w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania podmiotu, który udostępnił odwołującemu wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie uzasadnił szczegółowo z jakiej przyczyny uznał, że dokumenty takie powinny zostać złożone. Wskazał na zapis punktu 6.4 siwz, który powinien być zgodny z treścią zapisu punktu III. 6.4) ogłoszenia o zamówieniu o treści wprowadzonej zmianą ogłoszenia opublikowaną w Dzienniku Unii Europejskiej Dz.U./S S139 22/07/2015 255618-2015-PL), w którym obowiązek dostarczenia takich dokumentów został zgodnie z obowiązującym prawem ograniczony wyłącznie do sytuacji, w których podmiot udostępniający oświadczył, że będzie realizował część zamówienia.

18

Zgodnie z treścią oświadczenia podmiotu udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia (zobowiązania do udostępnienia zasobów), podmiot ten nie będzie realizował żadnej części zamówienia. Przeciwnie, potencjał wiedzy i doświadczenia zostanie przekazany poprzez fachowe doradztwo pracowników skierowanych przez podmiot udostępniający do „pomocy” przy realizacji zamówienia. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia musi wiązać się z realnym udziałem w realizacji zamówienia co nie oznacza, że udział ten zawsze będzie miał charakter podwykonawstwa. Odwołujący Inżynieria wskazał, na treść art. 26 ust. 2b ustawy. Nie każdy podmiot udostępniający swój potencjał jako tzw. „osoba trzecia” musi wykonywać określoną część zamówienia choć regułą jest uznanie, iż musi mieć miejsce faktyczny udział w realizacji zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Zgodnie z ustalonym stanowiskiem doktryny, różnica pomiędzy osobami trzecimi a podwykonawcami sprowadza się do tego, iż osoby trzecie jedynie udostępniają potencjał wykonawcy, natomiast podwykonawcy realizują część zamówienia.

Ratio legis art. 26 ust. 2b ustawy dotyczy sytuacji, w której wykonawca uczestniczący w postępowaniu przetargowym nie musi spełniać samodzielnie wszystkich postawionych w nim warunków i ma prawo powołać się na cudzy potencjał przy czym, aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można w tej sytuacji uznać za uprawniony pogląd, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał osoba trzecia musiałaby brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku inwestycji. Złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, byłoby z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca skutecznie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie mniej, idąc za tezą z Wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25

lipca 2011 r sygn. akt XII Ga 315/11, za wystarczające dla potwierdzenia dysponowania zasobami należy uznać oświadczenie zawierające wskazanie sposobu wykorzystania zasobów przy realizacji zamówienia poprzez doradztwo lub szkolenie. Podobnie

wypowiadała się Izba w wyrokach : wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08 marca 2011 r., KIO 356/11) sygn. akt: KIO 424/11, KIO 2237/13, KIO 2667/13, KIO 510/11, KIO 1687/12, KIO 1562/11, KIO 2854/12, KIO 1683/11, KIO 1237/11.

Odwołujący Inżynieria wskazał, że zamawiający nie oparł wykluczenia o zarzut nie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia rozumiany jako „nie zaliczenie” odwołującemu udostępnionych zasobów.

Zapis ogłoszenia i siwz, który stał się podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania został oparty na przepisie § 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19

19

lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przepis ten przewiduje możliwość żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotów udostępniających potencjał wyłącznie w sytuacji, gdy podmioty te miałyby realizować część zamówienia.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2015 roku, Sygn. Akt KIO 360/15, odwołujący podniósł, że art. 2 pkt. 9b ustawy stanowi, że umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Z art. 36 ust. 4 i 5 ustawy wynika, że za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez podmiot inny, niż wykonawca. Podwykonawstwo jest zatem bezpośrednią realizacją części zamówienia przez podmiot nie będący wykonawcą. Doradztwa w realizacji zamówienia nie można uznać za realizację konkretnej części tego zamówienia. Nie dotyczy ono bowiem żadnej z opisanych w dokumentacji technicznej (w tym przypadku PFU) konkretnej usługi projektowej ani roboty budowlanej. Co nie mniej istotne, podmiot udostępniający potencjał w przypadku uzyskania zamówienia przez odwołującego Inżynieria, nie wystąpiłby jako przedsiębiorstwo lecz jedynie wydelegowałby pracownika, który przekazywałby „na bieżąco” wiedzę i doświadczenie. Nie istnieje zatem żadna część zamówienia, której realizację dałoby się przypisać podmiotowi udostępniającemu potencjał. Pogląd odwołującego znajduje wsparcie w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku z dnia 30 czerwca 2015 roku, Sygn. akt KIO 1305/15. Zamawiający, w ocenie odwołującego Inżynieria, błędnie przyjął, że odwołujący był zobowiązany do dostarczenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania podmiotu udostępniającego zasobu wiedzy i doświadczenia. Czynność zamawiającego podjęta z naruszeniem prawa nie może wywoływać negatywnych skutków po stronie wykonawcy. Zamawiający, zdaniem Inżynieria, potraktował odwołującego z wyjątkową surowością. Położył przy tym wiele kreatywnej staranności poszukując przyczyny, dla której mógłby wykluczyć odwołującego z postępowania. Tymczasem względem innych wykonawców, szczególnie wobec wybranego wykonawcy Gulermak zamawiający całkowicie zaniechał badania i wyjaśniania oferty, a także wzywania do wyjaśnień i uzupełnień złożonych dokumentów. W rażącym stopniu naruszono zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na marginesie powyższych rozważań należy stwierdzić, że nawet jeżeli pomiędzy końcową treścią punktu 6.4 siwz a obowiązującą w dniu oznaczonym jako termin do złożenia ofert treścią punktu III.6.4 ogłoszenia o zamówieniu wystąpiła rozbieżność, Zamawiający nie może z tego tytułu wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków w postaci wykluczenia z postępowania. W przedmiocie warunków udziału w postępowaniu wiążąca może być

20

wyłącznie treść ogłoszenia o zamówieniu (przed treścią siwz). W przeciwnym przypadku postępowanie należałoby unieważnić jako dotknięte nieusuwalną wadą prawną. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Gulermak w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 8 ustawy z uwagi na fakt, że została podpisana przez osobę wadliwie umocowaną alternatywnie zaniechania wyjaśnienia treści załączonej do oferty Uchwały Zarządu w kontekście uprawnienia członków Zarządu do mocowania pełnomocników nie wymienionych w karcie wzorów podpisów załączonej do uchwały, to jest naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy. Oferta, a także wszystkie dokumenty złożone wraz z ofertą zostały podpisane przez Pana Mustafę Tuncer. Na stronach 7 - 9 oferty, zamieszczono pełnomocnictwo dla Pana Tuncer, podpisane przez prawidłowo umocowanych członków zarządu Gulermak.

Na stronach 10 - 37 oferty Gulermak zamieszczono tłumaczenie na język polski uchwały Zarządu Gulermak z dnia 06 lutego 2015 roku numer 2015/07W sprawie „Przyjęcia Regulaminu Wewnętrzny”. Uchwała ta została opublikowana w Dzienniku Rejestru Handlowego Turcji nr 8757 z dnia 12 lutego 2015 roku na stronie 43. Na stronie 11 oferty, znajduje się treść tłumaczenia art. 3 Uchwały pod tytułem „Podstawowe zasady w: podstawowe zasady delegowania praw i obowiązków określono poniżej:

a. Do udzielania pełnomocnictwa dotyczącego działalności Spółki uprawniony jest tylko Zarząd Spółki. Jeśli osoby, które otrzymały upoważnienie od Zarządu w tym regulaminie nie są wymienione we wzorze podpisów, nie można poprzez sporządzenie pełnomocnictwa tych zadań przekazać żadnej osobie ani ze Spółki ani spoza niej.”

Z powyższego wynika wprost, że uprawnienie Zarządu Spółki Gulermak do udzielania pełnomocnictw dotyczących działalności tej Spółki zostało ograniczone wyłącznie do osób, które zostały wymienione we wzorze podpisów. W przeciwnym razie czynność umocowania jest niedopuszczalna.

Tłumaczenia „Wzorów podpisów” zostały zamieszczone na stronach 44 - 62 zaś ich treść w języku tureckim wraz z kopiami własnoręcznych podpisów na stronach 63 - 72 oferty Gulermak.

W karcie wzorów podpisów nie umieszczono Pana Mustafa Tuncer. Zatem uprawnionym jest pogląd, że Zarząd Gulermak nie mógł (ze skutkiem dla osób trzecich) poprzez sporządzenie pełnomocnictwa załączonego do oferty, przekazać Panu Mustafa Tuncer umocowania do prowadzenia spraw związanych z działalnością Gulermak, do których z całą pewnością zalicza się składanie oświadczeń woli.

Co istotne, zdaniem odwołującego Inżynieria uchybienia tego nie da się sprostować. Każda uchwała, która zdążałaby do sanowania tej wady, musiałaby zostać podjęta po dacie wniesienia odwołania, a co za tym idzie po dacie złożenia przez Pana Tuncer oświadczenia woli w imieniu Gulermak.

Nie można ze skutkiem dla niniejszego postępowania powstałej wady naprawić.

21

Zgodnie z treścią punktu 10.5 SIWZ „Wszystkie strony oferty wraz z załącznikami muszą być podpisane; za podpisanie uznaje się własnoręczny podpis z pieczęcią imienną przez osobę upoważnioną do reprezentowania zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy, właściwymi dla formy organizacyjnej Wykonawcy lub przez ustanowionego pełnomocnika* . Z uwagi na fakt, że pełnomocnictwo dla Pana Mustafa Tuncer zostało wydane z przekroczeniem zakresu umocowania osób działających w imieniu mocodawcy należy uznać, że cała oferta Gulermak nie została podpisana przez osobę umocowaną. Nie może zatem wywoływać skutku po żadnej ze stron.

Oferta Gulermak jest niezgodna z treścią punktu 10.Z SIWZ i podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Z treści punktu 10.5 siwz wynika również, że Zamawiający nie wyraził zgody na działanie pełnomocników wykonawców bez umocowania. Powyższe usuwa możliwość potwierdzenia czynności dokonanej przez Pana Mustafa Tuncer przez Zarząd Gulermak. Zatem zastosowanie znajdzie przepis art. 104 zd. 1 kc. Czynność złożenia oferty w imieniu Gulermak została wykonana przez Pana Tuncer bez umocowania. Jest to czynność nieważna z mocy prawa.

Oferta Gulermak jest nieważna na podstawie art. 104. kc i podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy.

W przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała faktu braku umocowania za udowodniony, odwołujący Inżynieria wskazał na naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy z uwagi na zaniechanie wezwania Gulermak do wyjaśnienia treści zapisów omawianej Uchwały Zarządu,

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Gulermak z postępowania na skutek nie wykazania, że wobec tego podmiotu nie wystąpiły przesłanki wykluczenia z postępowania, alternatywnie naruszenia przepisu art. 26 ust 3 i 4 ustawy na skutek zaniechania wezwania Gulermak do wyjaśnień i uzupełnień dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania odwołujący Inżynieria podniósł, że w ofercie Gulermak, na stronach 103 - 104 znajduje się Zaświadczenie z Internetowego Urzędu Podatkowego prowadzonego przez Dyрекcję Departamentu Przychodów Ministerstwa Finansów Republiki Turcji. Z treści zaświadczenia wynika, że Gulermak nie zalega z opłacaniem podatków na terenie Turcji. W treści zaświadczenia zawarto wykaz

urzędów podatkowych z terenu Turcji, które potwierdziły składaną informację. Nie ulega zatem wątpliwości, że Gulermak potwierdził niezaleganie z podatkami i opłatami na terenie Turcji. Składając ofertę, Gulermak pominął powszechnie na rynku znany fakt, że posiada on działający oddział w Polsce. Oddział ten został zarejestrowany w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonym przez Sąd Rejonowy dla Miasta Stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem

22

0000333102. Posiada polski numer NIP: 1070014195, jest zatem odrębnym (od Spółki Gulermak w Turcji) podatnikiem na terenie Polski.

Jako dowód odwołujący Inżynieria powołał kopię odpisu pełnego z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Gulermak oddział w Polsce

Oczywiście samo posiadanie oddziału w Polsce nie stanowi jeszcze ani o powstaniu odrębnej tożsamości podatkowej ani o tym, że oddział taki prowadzi czynną działalność na terenie Polski, co może przynieść skutek w postaci powstania obrotu, przychodu czy zysku. Również powstanie i sposób obliczania zysku jest uzależniony od ustroju wewnętrznego spółki i jej sposobu rozliczania się z Oddziałem w Polsce, a także od rządzących tymi procesami reguł nadrzędnych. Reguły te zapisano w Umowie pomiędzy Rządem RP a Rządem Republiki Turcji o unikaniu podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku (Dz. U. z 1997 r. nr 11, poz. 58) (umowy).

Zgodnie z treścią artykułu 5 ust. 1 umowy, „Zakład” oznacza stałą placówkę, poprzez którą całkowicie lub częściowo prowadzona jest działalność gospodarcza przedsiębiorstwa. W ust. 2 zapisano, że określenie „zakład” obejmuje w szczególności: b) filię; g) plac budowy, prace budowlane lub instalacyjne, lecz tylko wtedy, gdy trwają one dłużej niż 12 miesięcy.

W ust. 4 zapisano:

Bez względu na postanowienia ustępów 1 i 2, jeżeli osoba inna aniżeli niezależny przedstawiciel, do którego mają zastosowanie postanowienia ustępu 5 działa w umawiającym się Państwie w imieniu przedsiębiorstwa drugiego umawiającego się Państwa i jeżeli posiada ona i zwyczajowo wykonuje w tym państwie pełnomocnictwo do zawierania umów w imieniu przedsiębiorstwa, to uważa się, że to przedsiębiorstwo posiada zakład w tym Państwie w zakresie wszelkiej działalności prowadzonej przez daną osobę na rzecz przedsiębiorstwa, chyba że działalność tej osoby jest ograniczona do czynności wymienionych w ustępie 3, które, jeżeli wykonywane są za pośrednictwem placówki, nie powodują przekształcenia tej placówki w zakład na podstawie postanowień tego ustępu.

Oddział Gulermak w Polsce w rozumieniu powyższych zapisów jest filią. Stanowi zatem Zakład w rozumieniu artykułu 5 ust. 1 Umowy.

Także art. 4a pkt. 11 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (UPDOF) sytuuje oddział zagranicznej osoby prawnej jako „Zakład”.

Usytuowanie oddziału zagranicznej osoby prawnej jako Zakładu, statuuje powstanie obowiązków podatkowych tej osoby prawnej w Polsce.

Zdaniem odwołującego Inżynieria, fakt że wykonawca Gulermak posiada w Polsce Oddział, odpowiadający definicji zakładu zawartej zarówno w Umowie jak i UPDOF, nakłada na takiego Wykonawcę obowiązek składania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zaświadczeń o nie zaleganiu z opłacaniem podatków i opłat na terenie Polski. Zaświadczenia takie wydaje Naczelnik Urzędu Skarbowego właściwy dla siedziby Oddziału.

23

Podgląd odwołującego nie został oparty jedynie na fakcie, że Oddział Gulermak w Polsce posiada status podatnika. Oddział ten osiąga zyski z działalności na terenie Polski. Jest zatem zobowiązany do zapłaty w Polsce podatku dochodowego od osób prawnych. Kwestię zysku przedsiębiorstw opisuje Artykuł 7 umowy

1. Zyski przedsiębiorstwa Umawiającego się Państwa podlegają opodatkowaniu tylko w tym Państwie, chyba że przedsiębiorstwo prowadzi działalność w drugim Umawiającym się Państwie poprzez położony tam zakład. Jeżeli przedsiębiorstwo wykonuje działalność w ten sposób, zyski przedsiębiorstwa mogą być opodatkowane w drugim Państwie, jednak tylko w takiej wysokości, w jakiej mogą być przypisane temu zakładowi.

2. Z uwzględnieniem postanowień ustępu 3, jeżeli przedsiębiorstwo Umawiającego się Państwa wykonuje działalność w drugim Umawiającym się Państwie poprzez położony tam zakład, to w każdym Umawiającym się Państwie należy przypisać temu zakładowi takie

zyski, jakie mógłby on osiągnąć, gdyby wykonywał taką samą lub podobną działalność w takich samych lub podobnych warunkach jako samodzielne przedsiębiorstwo i był całkowicie niezależny w stosunkach z przedsiębiorstwem, którego jest zakładem.

3. Przy ustalaniu zysków zakładu dopuszcza się odliczenie wydatków ponoszonych dla tego zakładu, włącznie z kosztami zarządzania i ogólnymi kosztami administracyjnymi, niezależnie od tego, czy powstały w tym Państwie, w którym zakład jest położony, czy gdzie indziej.

Każdy osiągnięty przez Oddział Gulermak w Polsce zysk będzie podlegał opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych (CIT).

Zgodnie z treścią sprawozdania finansowego, Rachunek Zysków i strat, wiersz K: „Zysk brutto”, Oddział Gulermak w Polsce osiągnął za 2014 rok, zysk w kwocie: 161461 221,11 PLN, słownie złotych: sto sześćdziesiąt jeden milionów czterysta sześćdziesiąt jeden tysięcy dwieście dwadzieścia jeden 11/100. Zgodnie z zapisem w wierszu L: „Podatek dochodowy”, z tytułu podatku dochodowego od

osób prawnych Gulermak był zobowiązany do zapłaty kwoty 32 194 291,96 PLN, słownie złotych: trzydzieści dwa miliony sto dziewięćdziesiąt cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt jeden 96/100. Pomimo tego faktu, Gulermak zaniechał złożenia zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków w Polsce.

Zamawiający nie dążył do uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy Gulermak nie podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Dokonał wyboru oferty tego wykonawcy nie wzywając go do uzupełnienia, albo przynajmniej wyjaśnienia faktu nie złożenia zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków w Polsce.

Gulermak wykonywał i nadal wykonuje roboty budowlane na rzecz zamawiającego.

Zamawiający posiada zatem wiedzę o istnieniu Oddziału Gulermak w Polsce a także o tym, że Oddział ten prowadzi realną działalność operacyjną. Bierność zamawiającego nie

24

znajduje zatem żadnego wytłumaczenia. Nie może zamawiający tłumaczyć swojej bierności ograniczeniami zakresu możliwych do żądania dokumentów podmiotu zagranicznego, płynącymi z Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ograniczenie dotyczy bowiem zakresu żądań zamawiającego. Nie dotyczy zakresu faktycznych obowiązków wykonawcy, który wiedząc o tym, że prowadzi działalność na terenie Polski i co więcej, że osiąga zysk, winien był w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania - dożyć zaświadczenie obejmujące teren działalności Oddziału w Polsce.

Analogiczną argumentację odwołujący Inżynieria przytoczył w zakresie braku potwierdzenia niezalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne i powszechne ubezpieczenie zdrowotne. Podobnie jak to miało miejsce w przypadku zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat, tak również w przypadku zaświadczenia o niezaleganiu we wpłatach na ubezpieczenie społeczne, (strona 100-101 oferty Gulermak) zostało wydane na podstawie informacji cyt. „z terenu całej Turcji”.

Odwołujący Inżynieria podniósł, że Gulermak może posiadać na terenie Polski status pracodawcy. Podmiot ten prowadzi na terenie Polski rozległą działalność gospodarczą. W treści rachunku zysków i strat pod literą B: „Koszty działalności operacyjnej” w punkcie VI: „Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia”, za okres 2014 roku wpisano kwotę: 1 471 007,72 PLN, słownie złotych: jeden milion czterysta siedemdziesiąt jeden tysięcy siedem 72/100.

Nie wiadomo czy środki te (i inne należne ewentualnie za 2015 rok) zostały zapłacone.

Odwołujący Inżynieria wskazał, że Gulermak winien był złożyć zaświadczenie Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych właściwego dla siedziby Oddziału Gulermak w Polsce potwierdzając brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i powszechne ubezpieczenie zdrowotne lub że podmiot ten nie jest zarejestrowany jako płatnik składek. Odwołujący Inżynieria zarzucił także zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo braku potwierdzenia, że wobec Gulermak nie wystąpiły przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w przepisach art. 24 ust 1 pkt. 8 i 11 ustawy.

Wśród dokumentów złożonych wraz z ofertą Gulermak, na stronach 112 - 115 zamieszczono zaświadczenia o niekaralności Członków Zarządu Gulermak wraz z ich tłumaczeniem na język polski. Zaświadczenia te dotyczą dwóch członków Zarządu Gulermak: Pana Kemal Tahir Gulleryuz a także Pana Necdet Demur.

Osoby te zostały wskazane w treści Uchwały Zarządu Spółki Gulermak (tłumaczenie od str. 10 oferty) jako upoważnione do podpisu tzw. „Grupy A” (strona 36 oferty). Przy nazwiskach

tych osób widnieją zapisy: „Prezes Zarządu, Zastępca Prezesa Zarządu”. Powyższe wydaje się sugerować, że w skład zarządu Gulermak wchodzi wyłącznie te dwie osoby. Do oferty nie załączono żadnych dokumentów, z których treści mogłaby wynikać odmienna

25

informacja. W szczególności nie załączono do oferty odpisu aktualnego z Rejestru Handlowego dla Spółki Gulermak. Lektura tego dokumentu dałaby możliwość ustalenia, czy w skład Zarządu Gulermak wchodzi inne, niż to wydaje się wynikać z załączonej do oferty Uchwały - osoby. Odwołujący Inżynieria załączył do odwołania kopię pełnego odpisu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Gulermak Oddział w Polsce. Wypis ten jest datowany na dzień 9 września 2015 roku.

W Dziale 2, Rubryka 1 - Organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego Przedsiębiorcy pod Lp. 1 w podpunkcie 1 „Nazwa organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu”, w kolumnie „Zawartość” wpisano „Zarząd”. W podrubryce 1 „Dane osób wchodzących w skład organu”, wskazano imiona i nazwiska sześciu osób (Lp. od 1 do 6). Osoba uwidoczniiona pod Lp. 3 została wykreślona zmianą o numerze wpisu 4, która została wpisana do Rejestru w dniu 25 października 2011 roku. W zakresie składu zarządu Gulermak nie została wprowadzona żadna więcej zmiana. Ostatnia (w ogóle) zmiana wpisu do KRS (o numerze 9) miała miejsce w dniu 14 lipca 2014 roku. Nie dotyczyła ona składu Zarządu. Jako Zarząd Gulermak uwidoczniiono następujące osoby:

- Necdet Demir,
- Kemal Tahir Gulleryuz,
- Uguray Ozdemir,
- Cengiz Bakan,
- Ali Engin Oguz

Oprócz wymienionych już wcześniej Panów Kemal Tahir Gulleryuz oraz Necdet Demir, w treści uchwały załączonej do oferty figuruje Pan Ali Engin Oguz - jako Dyrektor ds. finansowych upoważniony do podpisu „Grupy B”. W uchwale nie figurują następujące osoby:

- Uguray Ozdemir,
- Cengiz Bakan. Osoby te mogą pozostawać w składzie Zarządu Spółki pomimo, że Uchwałą Zarządu nie

przekazano im żadnych konkretnych zadań w tej uchwale wymienionych. Odwołujący Inżynieria zwrócił uwagę na fakt, że załączona do oferty Gulermak uchwała w sprawie trybu i zasad pracy Zarządu Spółki oraz delegowania uprawnień, nie obejmuje wyznaczenia członków Zarządu, lecz ustala strukturę wewnętrzną Zarządu Spółki, ogólne zasady zarządzania, itp. kwestie (str. 11 oferty Gulermak).

Zdaniem odwołującego, wartość dowodowa załączonego do odwołania odpisu z KRS Oddziału Gulermak w Polsce jest wysoka. Wypis ten zawiera bowiem aktualne informacje dotyczące nie tylko samego Oddziału, ale przede wszystkim Spółki Gulermak. Oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada bowiem odrębnej osobowości (podmiotowości) prawnej a źródłem jego aktywności jest osobowość prawna przedsiębiorcy zagranicznego. Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Naczelnego Sądu

26

Administracyjnego (przykładowo wyrok NSA z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt II FSK 1773/09) w uzasadnieniu którego wskazano, iż „Na gruncie u.s.g.d. nie można zatem wywieść odrębności prawnej oddziału od spółki, którego separacja od "centrali" Spółki polega tylko na funkcjonalnym i przestrzennym wydzieleniu składników siły produkcyjnej. Odrębność taka nie przekłada się jednak na odrębność prawną, co wynika z definicji legalnej zawartej w art. 5pkt 4 u.s.d.g.”

Oddział zagranicznej osoby prawnej w Polsce w tym także Oddział Gulermak w Polsce, jest integralną częścią tej zagranicznej osoby prawnej. Nie posiada odrębnego organu zarządzającego. Zatem skład zarządu spółki zagranicznej uwidoczniiony w KRS oddziału w Polsce jest składem zarządu tej spółki zagranicznej, a nie samego oddziału.

Odwołujący uważa za udowodnioną okoliczność, że według zapisów pełnego odpisu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Gulermak Oddział w Polsce, skład Zarządu Gulermak jest szerszy niż tylko dwie osoby, wobec których złożono wraz z ofertą zaświadczenie o niekaralności. Podobnie jak w przypadku zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu podatków i opłat, a także zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na

ubezpieczenie społeczne i powszechne ubezpieczenie zdrowotne, Zamawiający nie podjął żadnych czynności wyjaśniających ani nie wezwał Gulermak do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TORPOL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej niezbędnej do wykonania zamówienia.

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia to jest posiadania zdolności kredytowej w kwocie co najmniej 150 mln PLN, (punkt III.2.2) ppkt. 1 ogłoszenia o zamówieniu, punkt 5.3.4) ppkt. 2 siwz) Konsorcjum Torpol załączyło dwa zaświadczenia: 1) Zaświadczenie wydane w dniu 17 czerwca 2015 roku przez Bank Handlowy w

Warszawie zawierające potwierdzenie posiadania zdolności kredytowej na kwotę 105 mln PLN;

2) Zaświadczenie wydane w dniu 09 lipca 2015 roku przez Bank Zachodni WBK SA w Poznaniu, zawierające:

- potwierdzenie posiadania zdolności kredytowej na kwotę 100 mln PLN;
- potwierdzenie osiąganego salda na rachunkach w kwocie 24 090 116,92 PLN;
- zawiadomienie, że Torpol SA korzysta z instrumentów kredytowych.

oceniając spełnienie warunku zdolności kredytowej prawdopodobnie Zamawiający zastosował błędne działanie polegające na zsumowaniu kwot zdolności kredytowej wynikających z opinii różnych banków.

27

Wykonanie takiego działania jest, według odwołującego Inżyniera, błędem metodologicznym. Odwołujący zauważył, że zdolność kredytowa określana w różnych bankach stanowi "tą samą" zdolność do zaciągnięcia kredytu, bowiem zgodnie z art. 70 ust 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności. W praktyce banki przyjmują różne metody wyznaczania zdolności kredytowej klientów. Stosowane są metody opisowe, punktowe, finansowe, analiza dyskryminacyjna, metoda CAMPARIICE, metoda 5C/6C. Z uwagi na ważność zagadnienia na szczególną uwagę zasługują analiza wskaźnikowa oraz analiza dyskryminacyjna. Mając na uwadze analizę wskaźnikową, punktem wyjścia są podstawowe dokumenty wymagane przez bank do oceny zdolności kredytowej przedsiębiorstwa, tzn.: bilanse z ostatnich lat wraz z rachunkami zysków i strat, rachunek przepływów środków pieniężnych, czyli cash flow, plany finansowe, dane dotyczące liczby, wartości i warunków zawartych transakcji, dane dotyczące rozpoczętych inwestycji, stan zadłużenia w innych instytucjach kredytowych, spis stojących do dyspozycji banku zabezpieczeń. Odwołujący dodał, że przy ocenie wiarygodności kredytowej bank może korzystać z wielu źródeł informacji, m.in. z wywiadów (sam kredytobiorca, chcąc uzyskać kredyt, udziela bankowi wielu informacji na temat swoich powiązań gospodarczych, podaje też adresy innych osób, u których bank może zasięgnąć informacji), informacji innych banków na temat solidności kredytobiorcy, przebiegu spłaty dotychczas zaciągniętych kredytów, rozmiarów i rozwoju działalności gospodarczej, informacji dostarczanych przez wywiadownie gospodarcze (ich zaletą jest ocena danej firmy na tle wyników i perspektyw branży). Banki mogą także korzystać z danych instytucji ubezpieczeniowych, uwierzytelnionych wyciągów z różnego rodzaju rejestrów. Co istotne i często spotykane - bank może dokonać na miejscu u kredytobiorcy lustracji stanu obiektów, maszyn, urządzeń itp. Istotną okolicznością jest fakt, że każdy z banków wystawiających opinię opierał się na informacjach o tym samym podmiocie (możliwe jest, że na różnym zestawie tych informacji, co zależy od przyjętej przez bank metody oceny zdolności kredytowej).

W każdym przypadku bank, zdaniem odwołującego Inżyniera, nie brał pod uwagę, że spółka może w tym samym czasie zaciągnąć kredyt na znaczną kwotę w innym banku, zaś taka informacja znacząco wpływa na ocenę zdolności kredytowej.

Zdaniem odwołującego Konsorcjum Torpol wykazało się posiadaniem zdolności kredytowej w kwocie 105 mln PLN co wynika z informacji z Banku Handlowego a także że posiada środki na rachunku w kwocie 24 090 116,92 PLN co wynika z informacji z BZ WBK.

Wskazana w treści informacji z BZ WBK zdolność kredytowa na kwotę 100 mln może zostać

mIn PLN w stosunku do stanu z dnia wydania opinii przez Bank Handlowy, bądź uznana za pozostającą bez znaczenia w ocenie zdolności kredytowej Konsorcjum Torpol. Nie można bowiem tych dwóch informacji ze sobą sumować.

Gdyby jednak przyjąć pogląd odmienny, że takie zdolności są „sumowalne” odwołujący Inżynieria wskazał, że odrębną kwestią pozostaje ustalenie, jaką rzeczywiście zdolnością kredytową wynikającą z opinii z dnia 09 lipca 0215 roku wydanej przez Bank Zachodni WBK, dysponuje na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia Konsorcjum Torpol. Z jednej bowiem strony opinia zawiera informację, że Torpol SA dysponuje zdolnością kredytową w wysokości 100 mln PLN. Z drugiej jednak strony opinia zawiera informację, że Torpol SA korzysta z usług kredytowych. Takie zaciągnięte już kredyty, których wolumen nie jest na obecnym etapie jeszcze znany, wpływają na wysokość ustalonej przez bank zdolności kredytowej w istocie rzeczy podtrzymując ją na określonym poziomie, lecz faktycznie zmniejszając możliwości wykorzystania zdolności kredytowej dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący Inżynieria na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok z dnia 19 stycznia 2015 roku Sygn. akt KIO 2797/14. W ocenie odwołującego Inżynieria zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Torpol do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie co najmniej 150 mln PLN. W przypadku nieuzupełnienia dokumentów, zamawiający winien jest wykluczyć Konsorcjum Torpol w trybie art.24 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Interes odwołującego Inżynieria w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu wykazując przy tym prawidłowo spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym także brak podstaw wykluczenia z postępowania, a wykonanie przez zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez odwołującego. W obecnym stanie sprawy odwołujący może ponieść szkodę, wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez odwołującego.

W dniu rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Gulermak złożył w dniu rozprawy pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 2452/15

W dniu 9 listopada 2015r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: spółki TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu (61-052), ul. Mogileńska 10G, Publicznej Spółki Akcyjnej „KYJWMETROBUD” z siedzibą w Kijowie (01601), ul. Prorizna 8 oraz spółki Tines Engineering sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-212), ul. Królowej Jadwigi 192 wnieśli odwołanie w zakresie zadania 1 i zarzucili zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Gulermak do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ewentualnie zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie,

2) zaniechaniu wezwania Gulermak do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

3) wyborze oferty Gulermak jako oferty najkorzystniejszej.

Powyżej wskazanym czynnościom zarzucono naruszenie:

1) art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Gulermak do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

2) ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Gulermak do wyjaśnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

3) art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Gulermak do złożenia

wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy zachodzi uzasadnienie, że jest ona rażąco niska,

4) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący Torpol wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) uwzględnienia odwołania;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Gulermak i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu.

Oferta odwołującego Torpol uzyskała 91,01 pkt. i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta Gulermak została natomiast uznana za najkorzystniejszą. Na skutek zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na gruncie ustawy, odwołujący Torpol, który spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu, złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, której nie można zarzucić rażąco niskiej ceny, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego kosztem wykonawcy Gulermak, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz którego cena nosi znamiona rażąco niskiej. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą [dalej jako: „KIO”] zasadności niniejszego odwołania, a następnie

30

po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący Torpol może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Gulermak z postępowania mimo niewykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia odwołujący Torpol powołał pkt.

5.3.2. siwz i podniósł, że wykonawca Gulermak w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie przedstawił w swojej ofercie wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami mającymi potwierdzać należyte wykonanie zamówienia opisanego pod pozycją nr 2 wykazu. W wykazie tym wskazane zostało:

a) zamówienie przedmiotem, którego był projekt i budowa II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do stacji „Dworzec Wileński” w Warszawie, zrealizowane według wykazu w okresie od 28.10.2009 r. do 30.09.2014 r. na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa (pozycja nr 1 Wykazu), którego wykonawcą byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Astaldi S.p.A., Gulermak, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum AGP”),

b) zamówienie przedmiotem, którego były roboty budowlane linii metra Kadikoy-Kartal oraz dostawa, montaż i przekazanie do eksploatacji systemów elektro-mechanicznych, zrealizowane w okresie od 06.03.2008 r. do 02.10.2012 r. na rzecz Urzędu Miejskiego w Stambule (pozycja nr 2 Wykazu), którego wykonawcą byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A., Mak-Yol Ins. San. Turz. Ve Tic.A.S. oraz Gulermak (dalej jako „Konsorcjum AMG”).

Zamawiający w toku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wyartykułował jakichkolwiek wątpliwości, co do wskazanych powyżej zamówień i nie wyraził swojego stanowiska co do tego czy ww. zamówienia spełniają warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego (protokół z postępowania nie zawiera jakiegokolwiek wezwania do wyjaśnienia treści oferty czy też wezwania do uzupełnienia dokumentów). W dokumentacji postępowania, będącej załącznikiem do udostępnionego w trybie art 96 ust. 3

ustawy protokołu, nie wskazano przy tym, które ze wskazanych zamówień (robót budowlanych) zamawiający zakwalifikował jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, i na jakich podstawach ocena ta została oparta.

Odwołujący Torpol wskazał, że celem weryfikacji zdolności wykonawców jest dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Wskazał

określenia dla konsekwencji wadliwych mechanizmów weryfikacji podmiotowej postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący Torpol zakwestionował prawidłowość oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia na podstawie zamówienia zrealizowanego na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa (pozycja nr 1 Wykazu). Odwołujący Torpol podniósł,

31

że z udostępnionych mu dokumentów dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia nie wynika należyte wykonanie tegoż zamówienia, ani fakt jego zakończenia na dzień składania ofert, co w ocenie Odwołującego Torpol uniemożliwiało zamawiającemu zaliczenie tego zamówienia jako potwierdzającego spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia.

Przed wszystkim dokumentacja udostępniona odwołującemu Torpol potwierdza w sposób niepodważalny, że roboty budowlane objęte zamówieniem w ogóle nie zostały zakończone na dzień składania ofert, a tym samym zgodnie treścią w/w przepisu zamówienie takie nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w realizacji robót budowlanych. Ponadto skoro roboty nie zostały zakończone, to trudno mówić o ich prawidłowym ukończeniu, tak jak wymaga tego przepis. Istotne dla oceny prawidłowości realizacji robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem w kontekście wytycznych określonych w § 1 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia ws. dokumentów są następujące okoliczności:

- umowa na projekt i budowę II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do stacji „Dworzec Wileński” w Warszawie podpisana została 28.10.2009 r. i w § 2 określała terminy wykonania Przedmiotu Zamówienia w rozbiciu na poszczególne etapy, z jednoczesnym wskazaniem terminu Zakończenia Realizacji Przedmiotu Zamówienia oznaczonym na 48 miesięcy od daty zawarcia Umowy (dowód nr 1),
 - w treści Ogólnych Warunków Umowy ("OWU"), stanowiących załącznik nr 1 do umowy, zdefiniowane zostały pojęcia „Terminu Wykonania Przedmiotu Zamówienia lub jego Części1”, „Daty Zakończenia Realizacji Przedmiotu Zamówienia lub Części Robót Budowlanych”, „Wady Istotnej” oraz „Wady Nieistotnej”, a także zawarte zostały postanowienia istotne w kontekście dokonywanego odbioru końcowego (dowód nr 2),
 - aneksem nr 7 z dnia 30.09.2013 r. przedłużony został termin realizacji zamówienia do dnia 30.09.2014 r. (dowód nr 3), - w dniu 26.06.2015 r. podpisany został protokół odbioru końcowego robót, będący odpowiedzią na zgłoszenie wykonawcy z dnia 30.09.2014 r., w którym wskazano, że przedmiot zamówienia ma wady (dowód nr 4),
 - w dniu 01.10.2015 r. sporządzony został protokół ze spotkania w sprawie sprawdzenia usunięcia wad nieistotnych stwierdzonych w Protokole Odbioru Końcowego Centralnego Odcinka II linii Metra w Warszawie z dnia 26.06.2015 r. (dowód nr 5).
- Odwołujący |Torpol podniósł, że z protokołów posiedzeń komisji przetargowej dotyczących postępowania, nie wynika czy ww. dokumenty zostały przez komisję wzięte pod uwagę. Co za tym idzie, nie można ocenić na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dokumenty uznano, że sporne roboty budowlane opisane w ramach pozycji nr 1 Wykazu, należy uznać za spełniające wymagania zamawiającego. Abstrahując od okoliczności, przedstawionych poniżej w ramach niniejszego pisma, z gruntu dyskwalifikujących to zamówienie jako

32

potwierdzające posiadanie przez wykonawcę Gulermak wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych, istotny jest więc fakt, że akceptacja tego zamówienia, czyli uznanie przez zamawiającego, że spełnia ono postawione przez siwz warunki, nie znajduje uzasadnienia w jakimkolwiek dokumencie stanowiącym załącznik do protokołu postępowania. W żadnym z dokumentów dotyczących spornych robót budowlanych nie zawarto pozytywnej oceny ich realizacji przez kompetentne osoby/podmioty, mogące zakwalifikować je jako „prawidłowo ukończone”. W każdym razie Odwołującemu takiego dokumentu nie udostępniiono.

W zakresie braku usunięcia wad w wyznaczonym terminie, odwołujący Torpol podniósł, że termin na usunięcie tych wad przypadał po upływie terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, a nadto nie został dotrzymany i zgodnie z protokołem z dnia 01.10.2015 r. na ten dzień istniało nadal szereg nieprawidłowości koniecznych do usunięcia. Zgodnie z ww. protokołem, na dzień 30.09.2015 r. Komisja stwierdziła usunięcie jedynie części wad pkt. II protokołu jednoznacznie wskazując na brak usunięcia do tego dnia 32 wad wskazanych w Protokole Odbioru Końcowego pkt. III protokołu. Innymi słowy, na dzień składania ofert w przedmiotowym Postępowaniu, tj. na dzień 10.08.2015 r., roboty budowlane wskazywane przez wykonawcę w ramach pozycji nr 1 Wykazu nie zostały jeszcze prawidłowo ukończone, co potwierdza jednoznacznie dokumentacja realizowanych robót prowadzona przez zamawiającego. Dodatkowo te same wady, które zgłoszone zostały w Protokole Odbioru Końcowego były zgłoszone już w protokołach odbiorów częściowych, poprzedzających zgłoszenie do odbioru końcowego. Wynika to wprost z Części II pkt. 10 Protokołu Odbioru

Końcowego, gdzie wskazano, że „stwierdzone nieistotne wady, które mogą być usunięte przez Oddającego po niniejszym odbiorze końcowym zostały wyszczególnione w protokołach odbiorów częściowych”. Powyższe oznacza więc, że pomimo kilkukrotnego wyznaczania Konsorcjum AGP terminu na usunięcie wad, wykonawca ten nadal nie dokonał ich usunięcia. Pomimo,

że procedura odbioru, w trakcie której przecież wykonawca usuwał te wady, trwała aż 8 miesięcy, i tak w Protokole Odbioru Końcowego Konsorcjum AGP wyznaczono kolejny termin na ich usunięcie. Pomimo wyznaczenia kolejnego terminu, termin ten i tak nie został dochowany.

Interpretując odwołujący Torpol wskazał, że zakres pojęcia „prawidłowo ukończone”, do którego odwołuje się Rozporządzenie ws. dokumentów, jednoznacznie wskazuje się, że dopuszczalna jest co prawda sytuacja, w której wykonawcy legitymują się robotami budowlanymi, które przyjęte zostały przez inwestora z zastrzeżeniami, ale tylko przy wykazaniu, że do dnia składania ofert zidentyfikowane w protokole usterki zostały usunięte. Taka interpretacja koresponduje zresztą z kodeksową regulacją umów o roboty budowlane, zgodnie z którą inwestor ma obowiązek odbioru robót budowlanych, jeśli nie zostaną w nich stwierdzone wady istotne. Wystąpienie innego rodzaju wad, pomimo że nie może stanowić

33

usprawiedliwienia dla odmowy dokonania odbioru robót, nie oznacza ich akceptacji, a co za tym idzie nie świadczy o ich prawidłowym ukończeniu. Roboty są bowiem prawidłowo ukończone, kiedy wszystkie wady zostaną usunięte. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie sądów powszechnych wystąpienie wad nieistotnych, które nie zostaną usunięte w wyznaczonym dodatkowym terminie świadczy o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Tak przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 21 marca 2014 r. (sygn. akt I ACa 842/13). Takie stanowisko jednolicie przyjmuje również Krajowa Izba Odwoławcza oceniając dowody mające potwierdzać wykonanie robót budowlanych i wskazując, że w przypadku robót przyjętych z zastrzeżeniami, koniecznym jest przedłożenie protokołów usunięcia usterek, potwierdzających dokonanie tego usunięcia do dnia składania ofert. Tylko łączne przedłożenie dowodów w tym zakresie, potwierdzających stan na dzień składania ofert, potwierdzałoby bowiem, zdaniem Izby, fakt należytego wykonania zamówienia, w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia np. wyrok KIO z dnia 4.11.2013 r. sygn. akt KIO 2457/13.. Odwołujący Torpol w zakresie poz. 1 wykazu wskazał także na niezachowanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z podpisanym aneksem nr 7 termin realizacji przedmiotu zamówienia został wydłużony i określony na dzień 30.09.2014 r. Odpowiednio w pkt. 1.33 oraz pkt. 1.35 OWU Zamawiający zdefiniował jednocześnie pojęcia „Terminu Wykonania Przedmiotu Zamówienia lub jego Części” oraz „Datę Zakończenia Realizacji Przedmiotu Zamówienia lub Części Robót Budowlanych”, które wskazują na moment będący podstawą oceny terminowości wykonanych prac. Przez pojęcie Terminu Wykonania Przedmiotu Zamówienia lub jego Części rozumie się okres uzgodniony w umowie na wykonanie Przedmiotu Zamówienia lub jego części (etapu, grupy robót), wraz z przeprowadzeniem prób końcowych i rozruchu Przedmiotu Zamówienia, uzyskaniem koniecznych uzgodnień i pozwoleń, do których uzyskania zobowiązany jest Wykonawca liczony od daty zawarcia Umowy do Daty Zakończenia Realizacji Przedmiotu Zamówienia lub jego Części. „Data Zakończenia Realizacji Przedmiotu Zamówienia lub Części Robót Budowlanych” to z kolei data doręczenia Kierownikowi Kontraktu KZ przez Kierownika Kontraktu KW pisemnego powiadomienia o zakończeniu realizacji Przedmiotu Zamówienia lub jego części i zgłoszenia do odbioru końcowego lub częściowego, dokonanego na podstawie wpisu Kierownika Budowy w dzienniku budowy o zakończeniu Przedmiotu Zamówienia lub jego części (etapu, grup robót), w wyniku którego został dokonany Odbiór Końcowy Przedmiotu Zamówienia lub Częściowy Przedmiot Zamówienia protokołem Odbioru Końcowego lub Odbioru Częściowego.

2. Wskazane w OWU definicje odnoszące się do terminowości prac są więc ze sobą wzajemnie sprzężone w tym znaczeniu, że przed zgłoszeniem robót budowlanych do odbioru końcowego, wykonawca obciążony był wykonaniem wszystkich elementów definiujących

34

zachowanie Terminu Wykonania Przedmiotu Zamówienia lub jego Części, a jednocześnie odbiór końcowy uzależniony był od stosownej decyzji Kierownika Budowy w tym zakresie.

Termin wykonania zamówienia ustalony na podstawie zawartej umowy, z uwzględnieniem jej zmian, zostałyby zachowany, zdaniem odwołującego Torpol, gdyby do dnia 30.09.2014 r. Konsorcjum AGP zgłosiło pisemnie gotowość do oddania robót, która poprzedzona powinna zostać taką kwalifikacją dokonaną przez Kierownika Budowy wyrażoną w odpowiednim wpisie do dziennika budowy. Przed tym zgłoszeniem Konsorcjum AGP powinno jednocześnie przeprowadzić próby końcowe i rozruch Przedmiotu Zamówienia oraz uzyskać konieczne uzgodnienia i pozwolenia, zdefiniowane w pkt. 1.33 OWU. Konieczność przeprowadzenia uprzedniego rozruchu przedmiotu zamówienia akcentowana jest dodatkowo w pkt. 8.15. OWU, który warunkuje możliwość przystąpienia do Odbioru Końcowego właśnie od dokonania tej czynności. Nie później niż ze zgłoszeniem robót do odbioru końcowego należało również przedłożyć wszelkie uzgodnienia, opinie i oświadczenia właściwych organów niezbędne dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie [pkt. 8.16 OWU], co zdaniem odwołującego Torpol mieściło w sobie również konieczność przedłożenia świadectw dopuszczenia do eksploatacji dla budowli, urządzeń lub pojazdów kolejowych. Zgodnie z Protokołem Odbioru Końcowego zgłoszenie formalnie nastąpiło w wymaganym terminie (w dniu 30.09.2014 r.), nie mniej jednak do tego dnia nie zostały dopełnione wszystkie wymogi określone w OWU, umożliwiające dokonanie takiego zgłoszenia. Nie zostały też wykonane wszystkie prace, które zgodnie z udostępnioną odwołującemu dokumentacją były następnie kontynuowane, pomimo dokonania formalnego zgłoszenia ich zakończenia. O braku podstaw do zgłoszenia robót do odbioru końcowego, a co za tym idzie niezasadnym uznaniu ich za ukończone świadczą m.in. następujące okoliczności:

- zgodnie z wpisami w dziennikach budowy, do dnia 30.09.2014 r., nie doszło do zakończenia robót we wszystkich elementach składających się na realizację przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do Wentylatorni Szlakowej V13 kierownik budowy stwierdził wykonanie prac dopiero dnia 03.10.2014 r. (dowód nr 6). Podobnie w przypadku stacji metra C-13 Centrum Nauki Kopernik (dowód nr 7),
- do dnia dokonania zgłoszenia odbioru robót nie został przeprowadzony rozruch przedmiotu zamówienia, który zgodnie z oświadczeniem wykonawcy został przeprowadzony dopiero dnia 03.03.2015 r. (dowód nr 8), a więc już w trakcie dokonywanego odbioru i po formalnym zgłoszeniu robót do odbioru,
- do dnia dokonania zgłoszenia odbioru robót nie uzyskano niezbędnych świadectw dopuszczenia do eksploatacji co potwierdza pismo zamawiającego skierowane do Konsorcjum AGP dnia 29.12.2014 r. (dowód nr 9). Z treści tego dokumentu wynika też pośrednio, że próby eksploatacyjne, które powinny być wykonane w terminie realizacji zamówienia zostały zrealizowane już po zgłoszeniu do odbioru końcowego (świadectwa

35

tymczasowe zezwalające na dokonanie wymaganych prób wydane bowiem zostały po dacie zgłoszenia robót do odbioru),

- po zgłoszeniu zakończenia prac dokonywano kolejnych odbiorów częściowych, co pozostaje w sprzeczności nie tylko ze specyfiką procesu budowlanego, standardowymi rozwiązaniami funkcjonującymi na rynku, ale przede wszystkim pozostaje w sprzeczności z treścią umowy. Zgodnie z dokumentem o nr C-AGP-MTW-4429/15/mw (dowód nr 10), Konsorcjum AGP zgłosiło systemy całoliniowe do odbioru częściowego dopiero 25 lutego 2015 r., a więc w okresie znacznie późniejszym od zgłoszenia odbioru końcowego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności i potwierdza uchybienie terminowi wykonania prac, które w sposób oczywisty (i potwierdzony oświadczeniami samego wykonawcy) nie zostały zakończone do dnia 30.09.2014 r.

- posiadane przez odwołującego fotokopie pozwoleń na użytkowanie dla 15 różnych obiektów są datowane pomiędzy 05.02.2015r. a 27.02.2015 r., czyli po ponad 4-5 miesiącach po zgłoszeniu zakończenia robót Uwzględniając praktykę budowlaną w zakresie odbiorów PSP, PIS, PIP oraz PINB (tu WINB) odbiory powinny zamknąć się w terminie 1-1,5 miesiąca, w umowie na ten cel przewidziano okres 1 miesiąca. Oznacza to, że Konsorcjum AGP, wbrew swojej deklaracji z 30.09.2014 r., kiedy roboty budowlane zgłoszone zostały do odbioru końcowego, nie było gotowe do tych odbiorów przez co najmniej 3 miesiące, a na niektórych obiektach nawet 4 miesiące.

4. W konsekwencji, Konsorcjum AGP w dniu 30.09.2014 r. w sposób nieuprawniony dokonał zgłoszenia robót do odbioru. W związku z tym, w ocenie odwołującego Torpol, nie można było uznać, że do dnia 30.09.2014 r. wykonawca zrealizował przedmiot zamówienia, a tym samym, że terminowo zrealizował ciężące na nim zobowiązanie umowne.

W tym aspekcie odwołujący Torpol podkreślił, że oceniając prawidłowość wykonania robót budowlanych, bierze się pod uwagę także terminowość wykonania prac - tak KIO w wyroku z dnia 24 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO 1432/19). Powyższe w ocenie odwołującego Torpol ewidentnie świadczy o rażącym uchybieniu terminu wykonania świadczenia. W kontekście oceny spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu ma to z kolei dominujące znaczenie, gdyż badanie potencjału wykonawcy powinno mieć charakter rzeczywisty i należy brać pod uwagę całokształt okoliczności w sprawie.

Odwołujący Torpol zwrócił także uwagę na ilość i skala zidentyfikowanych wad, wyszczególniona przez zamawiającego w liście wad, dotyczących odrębnie każdego z elementów składających się na realizowany przedmiot zamówienia, wskazuje, że wady które zaistniały w toku realizacji przedmiotowych robót budowlanych nie miały charakteru wad o charakterze nieistotnym, zgodnie z definicją wskazaną w OWU oraz kodeksową regulacją w tym zakresie. W pkt. 1.38 OWU wyraźnie wskazano bowiem, że wadą istotną jest wada w rozumieniu pkt. 1.37. OWU, uniemożliwiająca użytkowanie i korzystanie z Przedmiotu

36

Zamówienia lub jego części, zgodnie z jego przeznaczeniem wynikającym z Przedmiotu Zamówienia albo odbierająca cechy właściwe Przedmiotowi Zamówienia lub jego części istotnie zmniejszając wartość Przedmiotu Zamówienia. Wadą istotną jest również wada sprzeciwiająca się wyrażnie treści Umowy. Taka definicja jest zresztą zgodna z interpretacją tego pojęcia, wykształconą na gruncie pojęć kodeksowych dotyczących umów o roboty budowlane.

O istotności wad obciążających wykonane roboty budowlane świadczy chociażby to, że zgodnie z powoływanym powyżej pismem z dnia 29.12.2014 r. (dowód nr 9), Konsorcjum AGP nie mogło pozyskać świadectw dopuszczenia do eksploatacji wydanych przez Prezesa UTK. Pozyskano jedynie warunkowe świadectwa, na czas wykonania prób eksploatacyjnych. W świetle przedstawionych powyżej uwag zdaniem odwołującego Torpol, nie sposób uznać, że Gulermak daje rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego postępowaniem, zwłaszcza w świetle niskiej jakości robót wykonanych przez Konsorcjum AGP, którego był członkiem, którą stwierdza zresztą sam zamawiający, oceniając ją w Protokole Odbioru Robót w pkt. 11 jako „dostateczną”.

W odniesieniu do zamówienia zrealizowanego na rzecz Urzędu Miejskiego w Stambule (pozycja nr 2 Wykazu), to w treści wykazu załączonego do oferty Gulermak wskazał, że zakres rzeczowego zamówienia obejmował wykonanie 15 stacji podziemnych (z przejściem tarczą TBM przez konstrukcję jednej stacji). Wymóg opisany w pkt. 5.3.2. lit. b) SIWZ jednoznacznie wskazywał natomiast na konieczność przejścia tarczą TBM przez konstrukcję co najmniej dwóch stacji („co najmniej dwie stacje podziemne, z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji”). Powyższe, świadczy więc, zdaniem odwołującego Torpol o ewidentnym niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz, konsekwencją którego powinna być eliminacja tych robót budowlanych z kręgu takich, które mogą potwierdzać potencjał wykonawcy w zakresie wiedzy i doświadczenia na poziomie wymaganym przez zamawiającego.

Niespełnienie warunku w tym aspekcie nie kwalifikuje się przy tym do konwalidowania w drodze ewentualnych wyjaśnień przedstawianych przez Gulermak. Oświadczenie jest konkretne i jednoznaczne. Podstaw do takiej konwalidacji nie dają też pozostałe informacje prezentowane przez Gulermak, w tym informacje wynikające z zaświadczenia o stanie robót, które wskazując jedynie na fakt wykonania konstrukcji 15 kompletnych stacji, bez doprecyzowania użytej techniki, nie przedstawiają danych mogących podważyć oświadczenie złożone przez wykonawcę w Wykazie. Powyższe, w połączeniu z faktem, że to właśnie w wykazie wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, iż spełnia określone przez niego warunki udziału w postępowaniu oraz okolicznością, że zamawiający nie ma obowiązku uzyskiwania stanowiska wykonawcy co do każdej informacji pozyskanej w trakcie dokonywania badania i oceny ofert, determinuje, że roboty budowlane objęte zamówieniem

37

opisanym pod pozycją nr 2 Wykazu, należało uznać jako niespełniające wymagań określonych w siwz.

Niezależnie od powyższego omawiane roboty budowlane nie mogły zostać zakwalifikowane jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez wzgląd na treść

dowodów przedłożonych w celu potwierdzenia ich należytego wykonania. Jako dokument mający potwierdzać fakt należytej realizacji tej inwestycji oraz wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia, Gulermak przedstawił zaświadczenie o stanie robót z dnia 25 lutego 2013 r. wraz z tłumaczeniem na język polski. W treści rzeczonego dokumentu w żadnym miejscu nie została zawarta jakakolwiek wzmianka dotycząca oceny realizacji przedmiotowych robót budowlanych, nie znalazły się w niej nawet informacje, które w sposób pośredni taki fakt mogłyby potwierdzać. Dokument o takiej treści, nie realizuje więc minimalnych wytycznych wynikających z Rozporządzenia ws. dokumentów, niwecząc cel żądania tego rodzaju dowodów, mających stanowić niezależną opinię potwierdzającą kompetencje wynikające z oświadczeń samego wykonawcy. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie wskazuje też, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno jednoznacznie wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym. Sam fakt potwierdzenia w treści referencji realizacji przez dany podmiot określonego zamówienia, nie oznacza jeszcze jego prawidłowej realizacji, uwzględniającej spełnianie elementów wyszczególnionych w treści Rozporządzenia ws. dokumentów. Tak wskazano przykładowo w informacji o wyniku kontroli uprzedniej o sygn. UZP/DKUE/KU104/13.

Co więcej, przedłożone przez Gulermak tłumaczenie zaświadczenia o stanie robót zawiera dodatkowo w swojej treści element nieprzystający do pozostałych informacji zamieszczonych w tekście, co może sugerować nieprawidłowości w tłumaczeniu omawianego dokumentu. W pkt. 12 zaświadczenia, poniżej informacji dotyczących możliwości scedowania umowy, znalazło się określenie o treści „pieniężny/fizyczny: 98,70%”, którego nie można przyporządkować do żadnego innego twierdzenia w dokumencie. Tego rodzaju nieścisłość i niejednoznaczność w treści tłumaczenia, co do zasady powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Powyższe, należy jednak oceniać w kontekście faktu, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w postępowaniu pn. "Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej "Bydgoszcz Wschód" w Bydgoszczy", posługiwano się tym samym zamówieniem w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a na potwierdzenie prawidłowości jego realizacji przedstawiono referencje wystawione przez Urząd Miejski w Stambule, w których również zawarty był wskaźnik „98,70%”. Prawidłowość przedstawionych w tym zakresie referencji była przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w wyroku z dnia 22

38

maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1053/13), w którym uznane zostało, że ww. wskaźnik procentowy oznacza stopień wykonania zakontraktowanych robót budowlanych, a co za tym idzie potwierdza niepełny stan ich realizacji, i przesądza o braku możliwości zaakceptowania takiego dokumentu jako potwierdzającego należyłą realizację zamówienia. W cytowanym wyroku, Izba nie przedstawiła co prawda zamawiającemu wiążących wytycznych co sposobu dalszego działania w tym zakresie (przez wzgląd na fakt, że nie miało to znaczenia dla wyniku postępowania), wskazała jednak w uzasadnieniu, że „protokół odbioru robót budowlanych dotyczący budowy metra K. - K. jest protokołem jedynie częściowym i także nie potwierdza wykonania w całości prac objętych umową, ani należytego wykonania prac, co było wymaganiem zamawiającego określonym w treści ogłoszenia o zamówieniu Co istotne, jak wynika z treści uzasadnienia ww. wyroku w części odzwierciedlającej stan faktyczny, „w dokumencie zawarto stwierdzenie że 98,70% umowy zostało już wykonane. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie mógł z całą pewnością stwierdzić, że referencje nie potwierdzają zakończenia realizacji robót obejmujących projekt i budowę torowiska metra wraz z siecią trakcyjną o łącznej długości 49,80 km toru pojedynczego. Odwołujący argumentował, że skoro budowa trwała około 4 lata, to bezpodstawnym jest nieuwzględnienie w całości doświadczenia zdobytego w ramach realizacji projektu i potraktowanie wykonawcy "zerojedynkowo" - albo 49,80 km toru wraz z siecią trakcyjną, albo "zero" doświadczenia".

Powyższe, oznacza więc według odwołującego Torpol, że w analogicznym postępowaniu wykonawca nie negował, przedstawiając to samo zamówienie, że roboty budowlane nim objęte nie zostały zrealizowane w 100 %. Jest to kolejna okoliczność przemawiająca za niedopuszczalnością zaakceptowania tych robót również w przedmiotowym postępowaniu. W postępowaniu, które było przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. KIO 1053/13, wykonawca przedstawiał co prawda zaświadczenie o stanie robót wystawione w innej dacie (tj. 15.11.2012 r.), co

pozostaje jednak bez znaczenia w kontekście tego,

że dokument ten

zawierał analogiczną treść i podobnie jak zaświadczenie przedłożone wraz z ofertą w niniejszym postępowaniu (datowane na dzień 25.02.2013 r.), dotyczył stanu po zakończeniu realizacji tej inwestycji. Zgodnie z treścią Wykazu, roboty budowlane linii metra Kadikoy-Kartel zostały bowiem zakończone 02.10.2012 r., a więc tak dokument z 15.11.2012 r. jak i dokument z 25.02.2013 r. potwierdzają ten sam status realizacji.

Odnosząc się do zarzucanego zaniechania wezwania Gulermak do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący Torpol poczynił obszernie wywody co do rozumienia pojęcia „rażąco niskiej ceny” obowiązku jej badania przez pryzmat danego postępowania i stwierdził, że zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia dla Zadania nr 1 na poziomie 1.369.759.959,00 zł

39

netto. Cena zaproponowana w ofercie Gulermak opiewała natomiast na kwotę 933.333.000,00 zł netto (tj. 1.147.999.590,00 zł łącznie z podatkiem od towarów i usług), co stanowi 68, 14 % szacunku obliczonego przez Zamawiającego. Co za tym idzie, cena z oferty Gulermak jest niższa o ponad 30 % od wartości szacunkowej zamówienia. Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów powyższe powinno być obligatoryjną przesłanką wszczęcia procedury wyjaśniającej. Zdaniem odwołującego Torpol, świadczy to jednocześnie o zasadności wszczęcia procedury wyjaśniającej także w przedmiotowym przypadku, zwłaszcza, że wycena jednego z elementów oferty wykonawcy, budzi poważne wątpliwości także w porównaniu do cen zaoferowanych przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Odwołujący Torpol podkreślił, że choć ocenę rażąco niskiej ceny odnosi się do łącznej ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę, to mimo to wyszczególnione w przedstawionych kalkulacjach pozycje powinny bronić się w ramach kosztów tam wskazanych, bez ich przerzucania na inne elementy. Przerzucanie kosztów w taki sposób nie dość że kwestionowane jest przez część orzecznictwa to dodatkowo „zaciemnia” obraz dotyczący prawidłowości dokonanej kalkulacji - tak wyrok KIO z dnia 8 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1271/14) Zdaniem odwołującego Torpol wycena prac tunelowych dokonana przez Gulermak wynosi netto 115 781 000 zł, następna z kolei cena wykonawcy Dogus wynosi netto 178 844 715,46 zł, a więc jest o 54 % wyższa. Kolejna oferta została złożona przez spółki Inżynieria Rzeszów S.A. i ZUE S.A. - cena o 65 % wyższa. Odwołujący nie neguje, że Gulermak posiada w tym zakresie pewną przewagę konkurencyjną w postaci posiadania praktycznie na placu przyszłej budowy maszyn do tunelowania, nie mniej jednak nawet uwzględniając ich koszt, a także znikome koszty transportu, zaproponowana przez wykonawcę cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Analizując bowiem koszt wykonania prac tunelowych z wyłączeniem kosztów maszyn i porównując go do ceny zaproponowanej przez Gulermak, cena zaproponowana przez spółki Inżynieria Rzeszów S.A. i ZUE S.A. jest wyższa o 49 %; Odwołującego o 57 %, wykonawcy Dogus o 68 % - co ewidentnie wskazuje na zaniżenie kosztu i rażąco niską cenę w tym zakresie u Gulermak. Co więcej, podkreślenia wymaga, że wykonawca Dogus posiadając podobnie jak Gulermak niezbędne maszyny do tunelowania (zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie), zaoferowała cenę o 54 % wyższą od zaoferowanej przez Gulermak.

Przy poprzedniej realizacji na odcinku środkowym II linii metra konsorcjum AGP wygrało z najniższą ceną 4 117 500 000 zł brutto, wówczas co prawda przekroczyło środki zamawiającego ale trzeba wziąć pod uwagę, że na 2 miejscu uplasowała się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Overseas Engineering Group Co. Ltd., Shanghai Construction (Group) General Co., China Railway Tunnel Group Co. Ltd., Decoma Sp. z o.o. za ok. 4,5 mld brutto a na 3 oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona

40

Infraestructuras S.A., Strabag Sp. z o.o., Strabag A.G., Ed. Zublin AG, Dywidag International GmbH, Dywidag Bau GmbH, Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeka S.A. z ceną oferty prawie 5 mld brutto (ofertą o prawie 900 mln wyższą), i jeszcze 2 oferty za 5,6 i 6,1 mld. Wybrana oferta z najniższą ceną nie gwarantowała prawidłowego ukończenia zamówienia w terminie i należytej jakości robót.

Odwolujący Torpol podniósł ponadto, że zamawiający jako organizator postępowania kierując się podstawowymi zasadami prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, powinien dążyć do jego maksymalnej przejrzystości jak również zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co zdaniem odwołującego poprzez podejmowanie decyzji, nie uwzględniających całokształtu okoliczności sprawy oraz szeregu dokumentów i faktów, które odwołujący wyszczególnił w treści niniejszego odwołania. Zamawiający obowiązany był do szczegółowej weryfikacji treści złożonej przez Gulermak oferty oraz dalszych wyjaśnień jej dotyczących tak pod kątem ich zgodności z treścią siwz i oceny spełnienia stawianych warunków podmiotowych dotyczących wiedzy i doświadczenia, jak i rzetelności jej kalkulacji, a co za tym idzie realności zaoferowanej ceny. Zamawiający, nie może czynić z tych obowiązków jedynie iluzorycznej czynności, gdyż konsekwencją takiej postawy byłoby zagrożenie prawidłowości realizacji przedmiotowego zamówienia i wydatkowania środków publicznych. Co więcej, wprost przekładałoby się to na ryzyko konkurowania ze sobą podmiotów o skrajnie różnym potencjale. W dniu rozprawy 23 listopada 2015r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu z dnia 21 lutego 2015r., zmiany ogłoszenia o zamówieniu z dnia 22 lipca 2015r. siwz w wersji ostatecznie zmodyfikowanej w dniu 7 lipca 2015r. wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz w pismach nr 1-22, wszystkich złożonych ofert, protokołu otwarcia ofert, protokołów posiedzeń komisji Przetargowej 1-15, ofert: Gulermak, Konsorcjum Torpol, Konsorcjum Inżynieria, Astaldi, Konsorcjum Vianini, Acciona, Budimex, protokołu postępowania ZP-1, wezwania do wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do Astaldi i Konsorcjum Vianini oraz udzielonych wyjaśnień, wezwań do wyjaśnień kierowanych do Gulermak i do uzupełnienia kierowanych do Konsorcjum Inżyniera oraz udzielonych odpowiedzi, odpisu z KRS dla oddziału Gulermak, sprawozdania za okres 1 stycznia 31 grudnia 2014r., dla Gulermak, umowy z dnia 28 października 2009r. zawartej pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum Astaldi, Gulermak i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów (przy omawianiu tych dowodów Konsorcjum zwane wykonawcą) wraz z OWU, aneksu nr 7 do tej umowy, protokołu odbioru końcowego centralnego odcinka II linii metra w Warszawie z dnia 26

41

czerwca 2015r., protokołu ze spotkania w sprawie sprawdzenia usunięcia wad nieistotnych stwierdzonych w protokole odbioru końcowego przedmiotu zamówienia z dnia 1 października 2015r. wraz z załącznikiem, dziennika budowy nr 128 poz. 11 tom I wydanym dnia 28 kwietnia 2011r. Budowa II linii Metra w Warszawie, Wentylatroni Szlakowej, oświadczenia wykonawcy dotyczącego rozruchu testowego z dnia 3 marca 2015r., pisma zamawiającego do wykonawcy z dnia 29 grudnia 2014r., pisma wykonawcy do zamawiającego z dnia 25 lutego 2015r, protokoły nr 48/15 w zakresie dokumentacji projektowej jak i robót budowlanych, dowody z przelewu zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na rzecz wykonawcy oraz zestawienia wielkości i wartości wykonanych robót, zdjęć fabryki obudów stanowiącej własność wykonawcy Astaldi.

Izba postanowiła oddalić dowód z odpisu z KRS oddziału Gulermak na dzień 8 listopada 2015r. stwierdzając, że do odwołania Inżynieria został załączony dokument – odpis pełny z KRS, który służy udowodnieniu okoliczności twierdzonych przez odwołującego, zgodnie z wolą.

Izba postanowiła oddalić dowód z wyciągu ze sprawozdania finansowego złożonego do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy z uwagi na to, że do odwołania został załączony dokument wyciąg ze sprawozdania, który służy udowodnieniu okoliczności twierdzonych przez odwołującego, zgodnie z wolą, tj. że oddział osiąga zyski, od których odprowadzane są podatki, oraz, że ponosi obciążenia z tytułu ubezpieczeń społecznych i innych opłat. Co do tezy o rezerwach na pokrycie podatku, oraz ewentualnego odroczenia płatności składek ubezpieczeniowych z 2014r. do lutego 2015r., to w ocenie Izby przedstawiony w tym zakresie dowód nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż nie dowodzi, że oddział ma zaległości w opłacaniu podatków lub składek na ubezpieczenie czy innych opłat na dzień składania ofert, a sam fakt odroczenia płatności tych świadczeń nie stanowi podstawy wykluczenia w rozumieniu art. 24 ust. 1 ustawy. Izba postanowiła oddalić dowód z artykułu prof. Jerzego Kitowskiego pt. „Kryterium oceny

czynników subiektywnych w bankowych metodach weryfikacji zdolności kredytowej przedsiębiorstwa", Zeszyty naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego nr 803 z uwagi na fakt, iż w ocenie Izby nie służy on udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż celem tego opracowania jest próba oceny subiektywnych kryteriów uwarunkowań kondycji finansowej przedsiębiorstwa w metodach wybranych pięciu banków. Autor artykułu przedstawia przyjęte przez banki metody i zwraca uwagę jakie elementy kondycji przedsiębiorstwa poddawane są analizie przez banki, oraz jaka jest średnia prognozowalność bankructwa przedsiębiorstwa w świetle przyjętych kryteriów, podczas, gdy opracowanie to abstrahuje od ustalenia, czy możliwe jest wydanie przez dwa różne banki dwóch informacji o zdolności kredytowej przedsiębiorstwa opartej o takie metody badawcze

42

wzajemnie się przenikające, że wydane opinie opiszą tę samą zdolność finansową wykonawcy i z tego względu nie będą podlegać sumowaniu.

Izba potraktowała opinię dr Katarzyny Kochaniak z 20.11.2015 r. jako stanowisko własne odwołującego wynikające z dokumentu prywatnego.

Co do dowodu z opinii biegłego o specjalności bankowości i finanse na okoliczność ustalenia wiadomości specjalnej, iż nie jest dopuszczalne sumowanie zdolności kredytowej ustalonej przez różne banki, to Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego uznając, że w sprawie nie zachodzi potrzeba zasięgnięcia informacji specjalnych, gdyż przedmiotem sporu nie jest sposób ustalania zdolności kredytowej przez bank, ale ocena czynności zamawiającego dokonanej w świetle ustawy pzp i postanowień siwz przy dokonywaniu badania oferty Konsorcjum Torpol i to zagadnienie dla swego rozstrzygnięcia nie wymaga sięgnięcia do dowodu z opinii biegłego.

Opinię prawną prof. Dr hab. Bogudara Kordasiewicza Izba postanowiła potraktować jako stanowisko własne przystępującego Gulermak wyrażone w dokumencie prywatnym.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2.1. ogłoszenia w brzmieniu pierwotnym w pkt. 6.4 zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w pkt 6.2 SIWZ, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy, o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Natomiast w brzmieniu zmienionym w dniu 22 lipca 2015r. ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia opublikowanym w tej dacie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest to wymóg o treści:

„6.4. Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w pkt 6.2 ppkt 1)–7) SIWZ, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.”

Według zmiany ogłoszenia z dnia 21 lutego 2015r. korespondującej z pismem nr 3 stanowiącym wyjaśnienia treści siwz i opublikowanym w DZUUE za numerem 2015/S 037-062266 sekcji III.2.2. Zdolność ekonomiczna i finansowa nadano brzmienie informacji i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Złożenie przez wykonawców w ofercie dokumentów i oświadczeń, wymienionych w pkt 6 siwz będzie stanowiło podstawę do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Ocena spełnienia warunków wymaganych od wykonawców zostanie dokonana na podstawie oświadczeń i dokumentów

43

złożonych przez wykonawców. Nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdy:

1) wykaze średni roczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 500 000 000

PLN. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek;

2) dysponuje własnymi środkami finansowymi lub posiada zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 150 000 000 PLN - dopuszczalne jest tu wykazanie środków z kredytu obrotowego lub innego, o ile środki te nie są przeznaczone na zrealizowanie konkretnego celu. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek;

3) w celu wykazania spełnienia warunków wykonawca do oferty powinien załączyć:

a) bilans i rachunek zysków i strat, a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym bilansie i rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. W przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania bilansu i rachunku zysków i strat - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim;

b) informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy są nie mniejsze od 150 000 000 PLN. Natomiast w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający uzna, że wykonawca

spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdy wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (tj. budowa zakończona protokołem odbioru końcowego):

a) co najmniej 3 km tunelu wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) dla inwestycji kolejowych, metra, drogowych lub infrastrukturalnych, w tym co najmniej 1 km tunelu podziemnego transportu szynowego w mieście, wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe;

b) co najmniej 2 stacje podziemne, z przejściem tarcz TBM przez konstrukcje tych stacji.

Wyżej wymienione warunki muszą być spełnione łącznie.

44

W rozdziale 5 siwz w pkt. 5.3 Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków dotyczących zamawiający opisał, że w zakresie wymogu:

5.3.2. posiadania wiedzy i doświadczenia;

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdy wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (tj. budowa zakończona protokołem odbioru końcowego):

a) co najmniej 3 km tunelu wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) dla inwestycji kolejowych, metra, drogowych lub infrastrukturalnych, w tym co najmniej 1 km tunelu podziemnego transportu szynowego w mieście, wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe,

b) co najmniej dwie stacje podziemne, z przejściem tarcz TBM przez konstrukcje tych stacji,

Wyżej wymienione warunki muszą być spełnione łącznie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższe warunki.

Wykonawca w celu wykazania spełnienia Warunków udziału w postępowaniu do oferty powinien załączyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający spełnienie warunku (z podaniem co było przedmiotem zamówienia, daty wykonania i adresów odbiorców wykonanego zamówienia - druk do wypełnienia);

Do wykazu należy dołączyć dowody, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wykazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (np. poświadczenie wykonania robót przez Inwestora). W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane wskazane w Wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania w/w dowodów,

5.3.4 Sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdy:

- 1) wykaże średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 500 mln PLN. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek.

45

- 2) dysponuje własnymi środkami finansowymi lub posiada zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 150 mln PLN - dopuszczalne jest tu wykazanie środków z kredytu obrotowego lub innego, o ile środki te nie są przeznaczone na zrealizowanie konkretnego celu. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek.
- 3) W celu wykazania spełnienia warunków wykonawca do oferty powinien załączyć:
 - a) Bilans i rachunek zysków i strat, a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym bilansie i rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. W przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania bilansu i rachunku zysków i strat - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim,
 - b) Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa Wykonawcy są nie mniejsze od 150 mln PLN. Powyższe dokumenty muszą być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert

5.4 Złożenie przez Wykonawców w ofercie dokumentów i oświadczeń, wymienionych w pkt 6

SIWZ będzie stanowiło podstawę do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Ocena spełnienia warunków wymaganych od wykonawców zostanie dokonana na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców. Nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zgodnie z rozdziałem 6 siwz Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć

wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, pkt. 6.4. zamawiający wymagał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w pkt 6.2 pkt 1) - 7) siwz, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy.

Co do wymogów dotyczących podmiotów zagranicznych zamawiający wskazał, że jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich

46

zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem (pkt. 6.5. siwz).

Zgodnie z pkt. 6.6. siwz jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów o których mowa w:

- 6.6.1) pkt. 6.2 ppkt 2), 3), 4) i 6) - składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:
- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
 - b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
 - c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

6.6.2) pkt. 6.2 ppkt 5) i 7) - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8, 10 i 11 ustawy.

Zgodnie z pkt. 6.8. siwz jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt. 6.6, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub przed notariuszem. Postanowienie dotyczące pkt. 6.7 w przedmiocie dotyczącym terminów wystawienia dokumentów stosuje się odpowiednio,

W myśl pkt. 10. 5 siwz wszystkie strony oferty wraz z załącznikami muszą być podpisane; za podpisanie uznaje się własnoręczny podpis z pieczęcią imienną przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentowania zgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy, właściwymi dla formy organizacyjnej wykonawcy lub przez ustanowionego pełnomocnika, a zgodnie z pkt. 10.10 siwz wraz z ofertą wykonawcy winni złożyć:

47

-
- pełnomocnictwo do podpisania oferty o ile prawo do podpisania oferty nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą. Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie określać czynności, do wykonywania których pełnomocnik jest upoważniony;
 - pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo reprezentowania wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia;

- dokumenty i oświadczenia wymagane w pkt. 6 siwz;

- Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia - dokument mający charakter informacyjny i pomocniczy, opracowany zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik Nr 8 A do siwz dla zadania nr 1 lub załącznik 8 B do siwz dla zadania nr 2, zawierający terminy wykonania dokumentów i robót budowlanych stanowiących elementy „węzłowe” objętych przedmiotem zamówienia oraz wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobowiązany jest w terminie 30 dni od zawarcia umowy przekazać zamawiającemu do uzgodnienia Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo Finansowy Przedmiotu Zamówienia określający podział przedmiotu zamówienia na etapy (grupy robót) podlegające odbiorom częściowym, w formie szczegółowego podziału na rodzaje robót oraz wysokości wynagrodzenia za wykonanie każdego z etapów (grupy robót). Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przedstawionego przez wykonawcę Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo Finansowego Przedmiotu Zamówienia, szczególnie w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych.

Zgodnie z załącznikiem nr 10 do siwz w § 5. Integralną część umowy stanowią załączniki: 1) Ogólne Warunki Umowy,

- 2) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia,
- 3) Program Funkcjonalno - Użytkowy z załącznikami,
- 4) Projekty Budowlane,
- 5) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
- 6) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami,
- 7) Projekty Wykonawcze,
- 8) Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia,

- 9) Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia,
 - 10) Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia,
 - 11) inne dokumenty stanowiące część Umowy,
- Na podstawie Ogólnych Warunków Umowy Izba ustaliła, że

48

W pkt 1.23. znajduje się definicja „Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia” – jest to dokument, mający charakter informacyjny i pomocniczy, opracowany, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przez wykonawcę i złożony wraz z ofertą, stanowiący integralną część oferty jako jej załącznik, zawierający terminy wykonania Projektów Wykonawczych, Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia oraz wykonania Robót Budowlanych stanowiących elementy „węzłowe” Przedmiotu Zamówienia, podlegających odbiorom częściowym, a także zawierający wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia.

W pkt 1.23 znajduje się definicja „Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia” – jest to dokument opracowany przez wykonawcę, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, wprowadzony ~ po uzgodnieniu z zamawiającym - aneksem do umowy, stanowiący uszczegółowienie Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego Przedmiotu Zamówienia, określający podział Przedmiotu Zamówienia na etapy (grupy robót) podlegające odbiorom częściowym, w formie szczegółowego podziału na rodzaje robót oraz wysokości wynagrodzenia za wykonanie każdego z etapów (grupy robót).

W pkt 2.5. znajduje się wskazanie hierarchii ważności dokumentów postępowania - w przypadku wątpliwości interpretacyjnych powstałych w trakcie wykonywania umowy i realizacji przedmiotu zamówienia, dotyczących w szczególności treści umowy, rodzaju i zakresu prac określonych w umowie oraz zakresu praw i obowiązków zamawiającego lub wykonawcy, obowiązywać będzie następująca kolejność ważności dokumentów:

- 1) Umowa,
- 2) Ogólne Warunki Umowy,
- 3) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia,
- 4) Program Funkcjonalno - Użytkowy z załącznikami, 5) Projekty Budowlane,
- 6) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
- 7) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami,
- 8) Projekty Wykonawcze,
- 9) Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia,
- 10) Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia,
- 11) Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia,
- 12) inne dokumenty stanowiące część Umowy.

Zgodnie z pkt. 2.6. strony umowy, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dopuszczają możliwość zmiany istotnych postanowień

49

zawartej umowy, w następującym zakresie i w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:

- 1) zmiana terminów określonych w Umowie, z następujących przyczyn:
 - a) zmiany zakresu prac wprowadzonych zgodnie z umową;
 - b) wystąpienia Siły Wyższej;
 - c) przerwania lub opóźnienia Robót Budowlanych na żądanie władz publicznych z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy;
 - d) przerwania lub opóźnienia Robót Budowlanych spowodowane okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności takimi jak:
 - odkrycie broni, bomb, niewybuchów lub innych materiałów wybuchowych oraz przedmiotów o znaczeniu archeologicznym i historycznym;
 - wykrycie instalacji, urządzeń lub budowli podziemnych nie ujętych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym lub Projektach Budowlanych i nie zinwentaryzowanych przez właścicieli i gestorów instalacji i urządzeń, a wymagających przebudowy w związku z wykonywaniem Przedmiotu Zamówienia;

- e) zmian przepisów prawa, mających wpływ na termin wykonania robót;
- f) opóźnień w rozpoczęciu Robót Budowlanych powstałych z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy;
- g) przedłużenia terminów wydania aktów administracyjnych wydawanych przez organy administracji publicznej, o ile będzie miało wpływ na termin określony w umowie,
- h) zmiany ewentualnej umowy o dofinansowanie w zakresie w jakim zmiana umowy o dofinansowanie będzie miała wpływ na zmianę terminów określonych w umowie,
- i) wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonych Umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonania prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- j) wystąpienia konieczności wykonania Robót Zamiennych lub udzielenia Zamówień Dodatkowych, które wstrzymują lub opóźniają realizację Przedmiotu Zamówienia, o ile wstrzymanie to nie wynika z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca,
- k) wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do umknienia lub usunięcia tych kolizji,
- l) wystąpienia opóźnień w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,

50

-
- m) wystąpienia opóźnień w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
 - n) wystąpienia braku możliwości wykonywania robót, z powodu nie dopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od wykonawcy,
 - o) wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian w Projekcie Budowlanym wskazanych przez wykonawcę i zaakceptowanych przez zamawiającego,
- 2) zmiana Ceny Umownej:
- a) w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT);
 - b) w wyniku waloryzacji dokonanej zgodnie z pkt 20.11, i 20.12. OWU;
 - c) w związku z wprowadzeniem Robót Zamiennych albo Robót Zaniechanych zgodnie z pkt 19 OWU;
 - d) w związku z zaistnieniem konieczności dokonania zmian w Projekcie Budowlanym wskazanych przez wykonawcę i zaakceptowanych przez zamawiającego,
- 3) zmiana umowy w związku z wprowadzeniem do umowy Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo -Finansowego Przedmiotu Zamówienia;
 - 4) zmiana umowy w związku z ograniczeniem zakresu rzeczowego i finansowego zgodnie z pkt 16 OWU;
 - 5) zmiana umowy w związku ze zmianą zakresu części Przedmiotu Zamówienia powierzonych podwykonawcom;
 - 6) zmiana umowy w związku ze zmianami w wymaganej sprawozdawczości i rozliczeniach kosztów wykonania Przedmiotu Zamówienia w wyniku ewentualnych zmian wymagań Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko;
 - 7) zmiana umowy w związku ze stwierdzeniem Wad Istotnych nie nadających się do usunięcia, zgodnie z pkt 13.4.2) OWU;
 - 8) zmiana umowy w związku z wstrzymaniem robót i skutkami wstrzymania robót, zgodnie z pkt 10.7 OWU;
 - 9) zmiana umowy w wyniku zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - 10) zmiana umowy w wynikająca z orzeczeń sądów powszechnych, decyzji administracyjnych i orzeczeń sądów administracyjnych;
 - 11) zmiana umowy w związku ze zmianą przepisów prawa o charakterze powszechnie obowiązującym wprowadzonych w życie po dacie zawarcia umowy, wraz ze skutkami

niniejszej umowy.

Z opisu technicznego Stacja C18 :Projekt budowlany w zakresie konstrukcji (TOM III Rozdział 02) str. 24 wynika, że ściany szczelinowe zaprojektowano grubości 100 cm o zmiennych wysokościach 33, 36, 42 m. Płyta stropowa górna żelbetowa, monolityczna o kształcie daszkowym w przekroju poprzecznym i spadkach ok. 1,8% oraz 2,0%, grubość płyty zmienna od 125 – 100 cm, z betonu klasy C30/37 o wskaźniku wodoszczelności W8, mrozoodporności F150, zbrojonego stalą A-IIIIN (RB500W). Z rysunków – rzuty płyty fundamentowej wynika, że przewidziano konkretne rodzaje materiałów dla płyt szczelinowych, stropowych, konstrukcyjnych pali, płyt fundamentowych, a także wskazano ich wymiary.

Wyjaśnienia nr 4 z dnia 18 lutego 2015r.

W odpowiedzi na pytanie nr 81 o treści „Zgodnie z pkt 10.10 do oferty ma być dołączony Wstępny Harmonogram Rzeczowo – Finansowy Przedmiotu Zamówienia, który, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego ma mieć charakter informacyjny i pomocniczy, i być opracowany zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik Nr 8 A do siwz dla zadania nr 1 lub załącznik 8 B do siwz dla zadania nr 2. Czy i jakie ewentualne konsekwencje, w związku z cytowanym postanowieniem siwz odnoszącym się do charakteru tego dokumentu, zamawiający będzie stosował wobec wykonawcy, który przedłoży niewiarygodny kosztowo lub organizacyjnie dokument wskazujący na brak rozeznania czy możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia. W szczególności czy dokument ten posłużyć ma zamawiającemu do analizy zaofferowanej ceny oferty? Wskazujemy, że normą przy realizacji zamówień w oparciu o formułę: „buduj” jest zobowiązanie wykonawcy do wypełnienia załączonych do siwz kosztorysów, W przypadku tego postępowania zamawiający wymaga wskazania ceny ryczałtowej (postanowienia pkt 12), stąd jeśli Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia załączony do oferty potraktuje wyłącznie pomocniczo, to nie będzie w stanie ocenić w żaden sposób na ile propozycja cenowa wykonawcy jest rzetelna i obejmuje wszystkie elementy zamówienia.”, zamawiający odpowiedział: „Zgodnie z pkt 10.10. siwz, Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia jest dokumentem mającym charakter informacyjny i pomocniczy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przez wykonawcę przedstawionego w ofercie Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego Przedmiotu Zamówienia, szczególnie w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych. Tak też zamawiający odpowiedział w wyjaśnieniach nr 6 z dnia 14.04.2015r. nr 81, przy czym zamawiający zmodyfikował treść siwz w pkt 10,10 tiret czwarte ostatnie zdanie poprzez nadanie mu treści:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przedstawionego przez Wykonawcę Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego Przedmiotu Zamówienia,

szczególnie w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych”, a więc zmiany mogły dotyczyć Szczegółowego Harmonogramu, a nie wstępnego jak w odpowiedzi nr 81.

W wyjaśnieniach nr 7 z dnia 14.04.2015r. w odpowiedzi na pytanie nr 128. o treści „pkt 10.10 w związku z załącznikiem nr 8A i 8B specyfikacji [WSTĘPNY HARMONOGRAM RZECZOWO - FINANSOWY] - Wykonawca prosi o potwierdzenie, że:

- cztery kolumny stanowiące podział jednego roku oznaczone „M-c” mają faktycznie być kwartałami, a nie miesiącami roku;
 - wykonawca ma we wstępnym harmonogramie rzeczowo - finansowym ma faktycznie uwzględnić 38 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia, a nie tylko rok, jak to wynika ze wzorów stanowiących załączniki do specyfikacji,”
- zamawiający potwierdził, iż wykonawca we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo - finansowym ma obowiązek przedstawić realizację przedmiotu zamówienia w cyklu miesięcznym nie przekraczającym 38 miesięcy, zgodnie z pkt. 10.10 SIWZ oraz 1.22 OWU,

W odpowiedzi na pytanie 129 o treści „Wykonawca uprzejmie prosi o udostępnienie na stronie internetowej zamawiającego edytowalnej wersji w/w załączników (8A i 8B) albo co

najmniej wersji PDF sporządzonej w takiej rozdzielczości, która nie będzie budzić wątpliwości co do jej żądanej treści", zamawiający zobowiązał się udostępnić załączniki zgodnie z odpowiedzią na pytanie 72 Pismo nr 4

W odpowiedzi na pytanie nr 131 o treści: „W związku z załącznikiem 8A do SIWZ tj. Wstępnym Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym w pozycji 17 istnieje konieczność oszacowania czasu na wykonanie tej czynności i kosztów jej przeprowadzenia Prosimy o zdefiniowanie pojęcia ROZRUCH PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA", zamawiający odpowiedział „Rozruch przedmiotu zamówienia są to czynności wskazane w załączniku nr 4 do *Zasad przeprowadzenia odbiorów technicznych, częściowych i końcowych obiektów metra, przekazywania tych obiektów w użytkowanie oraz dokonywania odbiorów ostatecznych, po zakończeniu okresu gwarancji lub rękojmi dla zadań inwestycyjnych nadzorowanych przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. w ramach pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego* wprowadzonych uchwałą nr 35/14 Zarządu Spółki Metro Warszawskie Sp. z o.o. z dnia 18 marca 2014 r. Czynności rozruchu zawierają się w terminie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt. 1.35 OWU. Zamawiający zamieszcza na stronie internetowej ww. Załącznik nr 1 do Uchwały nr 35/14.”.

Wyjaśnienia nr 8 z dnia 14.04.2015r.

W odpowiedzi na pytanie nr 298 o treści „Jak Wykonawca może sporządzić Wstępny i Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia, jeżeli w pkt 7.5 OWU nie jest określony termin przekazania Terenu Budowy?” zamawiający odpowiedział „Wykonawca sporządza zarówno Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Przedmiotu

53

Zamówienia, jak i Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia na podstawie terminów określonych w SIWZ”

Z wyjaśnień nr 8 z dnia 14.04.2015r. wynika, że co do części rozwiązań wynikających z PFU zamawiający dopuszczał rozwiązania własne wykonawcy pyt. nr 347, 353, co do części uważał, że niedopuszczalne jest odstępianie od rozwiązań przyjętych w PFU np. pyt. 354,356, 364, 369 co do części wskazywał na dane charakterystyczne dla poszczególnych rozwiązań i narzucał je 366, analogicznie sytuacja występuje w wyjaśnieniach nr 9 z dnia 14.04.2015r. np. pyt od 591-612.

Wyjaśnienia nr 8 z dnia 14.04.2015r.

W odpowiedzi na pytanie nr 407 o treści jak zamawiający przewiduje rozliczenie kosztów związanych z dostarczeniem tarcz zmechanizowanych na teren budowy oraz kosztów związanych z zamontowaniem ich i przygotowaniem do drażenia tuneli, zamawiający odpowiedział, że koszty związane z dostarczeniem tarcz zmechanizowanych na teren budowy oraz koszty związane z zamontowaniem ich i przygotowaniem do drażenia tuneli wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie i w Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym opracowanym zgodnie z pkt. 1.23 OWU.

Wyjaśnienia nr 14 z dnia 14.04.2015r.

W odpowiedzi na pytanie nr 1133 o treści „Pkt 5.3,4 ppkt 2) specyfikacji - Zamawiający ograniczył tutaj bezpodstawnie ustawowe uprawnienie wykonawcy do potwierdzenia dysponowania kwotą nie mniejszą niż 150 mln pln (wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy) tylko poprzez wykazanie środków z kredytu obrotowego lub innego, cyt. „o ile środki te nie są przeznaczone na zrealizowanie konkretnego celu”. Biorąc pod uwagę, że wykonawca, który jest przedsiębiorcą nie ma możliwości zawarcia umowy kredytu bez wskazania konkretnego celu gospodarczego, który ma zamiar osiągnąć wykorzystując środki skredytowane przez bank (nawet kredyt obrotowy ma służyć finansowaniu bieżącej działalności przedsiębiorstwa wykonawcy, a więc służy zrealizowaniu konkretnego celu), wykonawca prosi o wykreślenie cytowanego powyżej ograniczenia w wykazaniu się posiadaniem zdolności kredytowej. Należy zwrócić uwagę również na to, że gdyby znalazł się wykonawca, który przed złożeniem oferty zawarłby umowę kredytu na sfinansowanie realizacji zamówienia, które jest przedmiotem postępowania, biorąc pod uwagę treść skonstruowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, cytowanego powyżej, nie spełniłby go i został wykluczony z postępowania.”, zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje dotychczasową treść pkt 5.3.4.2) SIWZ. Natomiast zapisy o wykazaniu środków z kredytu innego niż kredyt obrotowy „o ile środki te nie są przeznaczone na zrealizowanie konkretnego celu”, dotyczy środków przeznaczonych na konkretną inwestycję, czyli na konkretny „wydatek”, ściśle określony.

W odpowiedzi na pytanie nr 1134 o treści „Pkt 5.3.4 ppkt 3 b) specyfikacji - wykonawca prosi o potwierdzenie, że w celu wykazania posiadania wymaganej zdolności kredytowej wykonawca może legitymować się informacjami wielu banków, z którymi ma zawarte stosowne umowy kredytu.”, zamawiający odpowiedział, że wykonawca może przedłożyć, na podstawie pkt, 5.3.4.ppkt 3)b) siwz, informacje kilku banków lub spółdzielczych kas oszczędnościowo - kredytowych potwierdzających, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa Wykonawcy są nie mniejsze od 150 mln. zł. Analogicznych odpowiedzi zamawiający udzielił na pytania nr 1135, 1136.

Wyjaśnienia nr 15 z dnia 4 maja 2015r.

Na pytanie nr 1335 o treści „Czy terminy wskazane przez Wykonawcę we wstępnym harmonogramie rzeczowo –finansowym będącym załącznikiem oferty będą podlegały zmianom zgodnie ze stanem zaawansowania prac?”, zamawiający odpowiedział, że zgodnie z pkt 10.10. siwz, Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia jest dokumentem mającym charakter informacyjny i pomocniczy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przez wykonawcę przedstawionego w ofercie Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego Przedmiotu Zamówienia, szczególnie w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych. Natomiast, w myśl zapisów pkt 7.1. i 7.2, OWU, wykonawca jest zobowiązany opracować i uzgodnić z zamawiającym Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia, stanowiący uszczegółowienie Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo ~ Finansowego Przedmiotu zamówienia,

Na pytanie nr 1336 o treści „Czy terminy wskazane przez Wykonawcę we wstępnym harmonogramie rzeczowo - finansowym są wiążące dla Wykonawcy w zakresie terminów realizacji robót? Harmonogram prac zależy od wielu czynników (przekazanie placu budowy w całości, warunki atmosferyczne, nieuwzględnione kolizje podziemne itd.) Wykonawca powinien mieć możliwość korekty takiego harmonogramu”, zamawiający odesłał wykonawców do odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 1335.

Na pytanie nr 1337 o treści „Czy wstępny harmonogram rzeczowo - finansowy załączony do oferty będzie podlegał korektom w przypadku gdy Wykonawca zmieni koncepcję i terminy wykonania poszczególnych etapów robót pomiędzy okresem złożenia oferty dla Zamawiającego a podpisaniem umowy?” zamawiający również odesłał do odpowiedzi na pytanie nr 1335.

Na pytanie nr 1338 o treści „Czy Wykonawca musi wskazywać wartość podsumy dla każdego zakresu?”, zamawiający odpowiedział, że tak.

Na pytanie nr 1339 o treści „Czy Wykonawca przedstawia w wierszu 6 (Stacja C18 wraz z torami odstawczymi...) sumę dla całego zakresu:

6.1+6.2+6.3+6.3a+6.4+6.5+6.5a+6.6+6.6a?”, zamawiający odpowiedział twierdząco.

W odpowiedzi na pytanie nr 1340 o treści „Czy Wykonawca przedstawia w wierszu 6.1 (projekty wykonawcze stacji wraz z ...) sumę dla zakresu: od 6.LI do 6.1.8?”, zamawiający odpowiedział twierdząco.

Twierdząco odpowiedział również na pytanie nr 1341 o treści „Czy wykonawca przedstawia w wierszu 8.2 (Konstrukcja, instalacja, tory) sumę dla wierszy 8.2,a oraz 8.2.b?, także też odpowiedział na pytanie nr 1342 o treści „Czy wykonawca przedstawia w wierszu 8.2.a (Prefabrykowana obudowa tuneli - dostawa) tylko wartość materiałów dla obudowy tunelu?”, a negatywnie na pytanie nr 1343 o treści „Czy wykonawca przedstawia w wierszu 8.2.b (Montaż TBM w komorze startowej) wartość zakresu od 8.2-b.2.1 do 8.2.b.2.12?”

Na pytanie nr 1346 lit b) o treści „Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie najpierw jednego (np. lewego) i potem drugiego (np., prawego) tunelu przy użyciu jednego zestawu TBN?” zamawiający odpowiedział, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić kolejność robót we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Przedmiotu Zamówienia opracowanym zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,

W odpowiedzi na pytanie nr 1400 o treści „W piśmie z dnia 18.02.2015 r. Zamawiający dokonał modyfikacji załączników nr 8A i 8B do SIWZ. We Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym dla Zadania 2 w poz. 14.2.3 wprowadził poz. „Tunel Łącznikowy (1 szt.)” w pkt 2.5. Jednocześnie Zamawiający załączył zmodyfikowane pliki w formacie

edytowalnym, w którym - dla Zadania 2 pkt 2.5. w poz. 14.2.a wskazał „Tunele Łącznikowe (2 szt.)”. Wykonawca prosi o jednoznaczne określenie ilości Tuneli Łącznikowych w Tunelu D16”, zamawiający odpowiedział, że wszelkie informacje odnośnie łączników tunelowych (zwanych w projekcie również poprzecznymi korytarzami ewakuacyjnymi) w tym informacja o ich dokładnej lokalizacji została zawarta w opracowaniach F295-N-C17-MDE-SPC-5700, F295-N-V16-MDE-SPC-5700 jak również przedstawiona na rysunkach: F295-N-C17-MDE-SEC-5710, F295-N-V16-MDE-SEC-5710, F295-N-V16-ARC-LAY-1111, F295-N-V16-ARC-LAY-1112, F295-N-C17-ARC-LAY-1110. W tunelu D16, oprócz łączników tunelowych pomiędzy tunelami a wentylatornią szlakową przewidziano 2 łączniki tunelowe łączące tunel lewy z tunelem prawym.

Na pytanie nr 1433 o treści „Pytanie dotyczy pozycji 5 Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego „Dostarczenie na budowę maszyny TBM dla tuneli odcinka zachodniego”: Proszę o szczegółowe określenie jakie warunki (ewentualnie dokumenty) musi spełnić Wykonawca, aby otrzymać kwotę określoną w w/w pozycji?”, zamawiający odpowiedział:

W zakresie Zadania nr 1

Zamawiający modyfikuje Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy WHRF poprzez: usunięcie pozycji 4 („Plac składowy pośredni na żelbetowe elementy obudowy tunelu ...”)

1. usunięcie pozycji 5 („Dostarczenie na budowę maszyny TBM dla tuneli ...”)

56

2. usunięcie wierszy ukrytych

6.3.b Korpus komory zawracania stacji C6 pkt 3.1.b~pkt 3.5.b

6.4.13 Betony podtorza i tory komory zawracania stacji C6 pkt 4.1.b~pkt 4.6.b

6.5.b Roboty wykończeniowe komory zawracania stacji C6 pkt 5.1. b~pkt 5.2.b

6.6.b Instalacje i urządzenia komory zawracania stacji C6 pkt 6.1.b-fpkt 6.2.b

9.3.a Korpus komory rozjazdów stacji C17 pkt 3.1.a-fpkt 3.5.a

9.4.a Betony podtorza i tory komory rozjazdów stacji C17 pkt 4.1.a-fpkt 4.6.a

9.5.a Roboty wykończeniowe komory rozjazdów stacji C17 pkt 5.1.a-f pkt 5.2,a

9.6.a Instalacje i urządzenia komory rozjazdów stacji C17 pkt 6.1.a-r-pkt 6.2.a

14.2.a Prefabrykowana obudowa tuneli - dostawa, wiersze pomiędzy pkt 2.4 a pkt 2.5 dotyczące betonów podtorza oraz robót torowych Stacji C16

16.1 Projekty wykonawcze pkt 1.16 System zautomatyzowanej informacji dla pasażerów ~S,STP/CD (tylko w Zadaniu nr 1)- pozycja pkt 1.16 dubluje się.

4. usunięcie wierszy pustych, ukrytych

W zakresie Zadania nr 2 Zamawiający modyfikuje Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy WHRF poprzez:

1. usunięcie pozycji 4 („Plac składowy pośredni na żelbetowe elementy obudowy tunelu ...”)

2. usunięcie pozycji 5 („Dostarczenie na budowę maszyny TBM dla tuneli ...”)

3. usunięcie wierszy ukrytych

6.3.b Korpus komory zawracania stacji C18 pkt 3.1.b~pkt 3.5.b

6.4.b Betony podtorza i tory komory zawracania stacji C18 pkt 4.1.b-fpkt 4.6.b

6.5.b Roboty wykończeniowe komory zawracania stacji C18 pkt 5.1. b-f pkt 5.2.b

6.6.b Instalacje i urządzenia komory zawracania stacji C18 pkt 6.1.b-f pkt 6.2.b **14.2.a** Prefabrykowana obudowa tuneli - dostawa, wiersze pomiędzy pkt 2.5 a pkt 2*6

dotyczące betonów podtorza oraz robót torowych Stacji C18 **16.1** Projekty wykonawcze pkt 18.17 system SRP ~STP tor prób

4. usunięcie wierszy pustych, ukrytych.

W odpowiedzi na pytanie nr 1434 o treści „Pytanie dotyczy pozycji 5 Wstępnego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego „Dostarczenie na budowę maszyny TBM dla tuneli odcinka zachodniego”: W jaki sposób kwota w w/w pozycji (poz. 5 WHRF) będzie wypłacana Wykonawcy? W jednej racie (lub w dwóch ratach po jednej dla każdej maszyny TBM) bezpośrednio po spełnieniu wyżej określonych warunków (pytanie 1433), czy też omawiana kwota będzie podzielona na więcej rat, które Wykonawca będzie otrzymywał przez cały okres prac wykonywanych przez maszyny TBM, lub wypłata kwoty będzie dokonywana na podstawie innej zasady, jeżeli tak to prosimy o jej podanie”, zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie nr 1433.

57

W odpowiedzi na pytanie nr 1435 o treści „W zamieszczonym dniu 18.02,2015 przez Zamawiającego załączniku 8B (wersja edytowalna) są ukryte wiersze. Czy są to pozycje, które Wykonawcy powinni odkryć i uznać jako integralną część dokumentu, czy usunąć ?”, zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie 1433.

W odpowiedzi na pytanie nr 1444 o treści „Dot., WSTĘPNEGO HARMONOGRAMU RZECZOWO FINANSOWEGO, W której pozycji z tabeli WSTĘPNEGO HARMONOGRAMU RZECZOWO FINANSOWEGO dla zadania nr 2 należy ująć roboty rozbiórkowe?”, zamawiający odpowiedział, że roboty rozbiórkowe należy ujmować w pozycjach: przebudowa kolizji oraz w robotach ziemnych.

W odpowiedzi an pytanie nr 1445 o treści „Dot. WSTĘPNEGO HARMONOGRAMU „RZECZOWO. FINANSOWEGO. Które pomieszczenia dla poszczególnych stacji należy zaliczyć do „głównych pomieszczeń technicznych”, a które do „pomieszczeń technologicznych stacji”? Prosimy o podanie jednoznacznego podziału pomieszczeń na strefy wymagane we WSTĘPNYM HARMONOGRAMIE RZECZOWO FINANSOWYM” zamawiający odpowiedział, że główne pomieszczenia techniczne na każdej stacji to: pom.110 (dyspozytornia), 200 (podstacja en), 300 (przekaznikownia SRP), 400 (urządzenia łączności). Na potrzeby harmonogramu pomieszczenia technologiczne to wszystkie pozostałe pomieszczenia stacyjne.

W odpowiedzi na pytanie nr 1456 o treści „Wykonawca zwraca uwagę, iż we Wstępnym Harmonogramie Rzeczo - Finansowym dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2 (Załącznik nr BA do SIWZ) w pozycji Systemy Całoliniowe nie ma rozbicia na następujące systemy: Wideointerkomy; Infomaty; Monitoring Prądów Błądzących; System Monitoringu Światel Bezpieczeństwa W związku z powyższym prosimy i określenie przez Zamawiającego, do której pozycji Wstępnego Harmonogramu Rzeczo - Finansowego Wykonawca powinien przyporządkować koszt w/w systemów?”, zamawiający odpowiedział, że wideointerkomy i infomaty należy przyporządkować do pozycji systemy teletechniczne, a monitoring prądów błądzących oraz system monitoringu światel bezpieczeństwa do pozycji zdalne sterowanie urządzeniami elektrycznymi.

W odpowiedzi na pytanie nr 1457 o treści „Dot, Zadania nr 1 1 etap realizacji odcinka zachodniego Załącznika nr 8a do SIWZ, Prosimy o wyjaśnienie, czy w kolumnach „m-c„ należy wpisać wartość netto ?” zamawiający poinformował, że w kolumnach „m-c, należy wpisać wartość netto.

W odpowiedzi na pytanie nr 1458 o treści „Pyt. 2 Dot. Zadania nr 1 -1 etap realizacji odcinka zachodniego Załącznika nr Ba do SIWZ. W przekazanym Załączniku nr 8 a w wersji edytowalnej (Pismo nr 4 z dnia 18,02,2015 r) w tabeli są ukryte wiersze tj. **6.3.a** Korpus komory zawracania stacji C6 pkt 3-1-b-rpkt 3.5.b, 6.4.b Betony podtorza i tory komory zawracania stacji C6 pkt **4.1.b*pkt 4.6.b, 6.6.b** Instalacje i urządzenia komory zawracania

58

stacji C6 pkt 6.1.b-fpkt 6,2.b, 9.3.a Korpus komory rozjazdów stacji CI 7 pkt 3.1.a-f pkt 3.5,a, 9.3.b Betony podtorza i tory komory rozjazdów stacji C17 pkt 4.1.a*f pkt 4.6.a, 9.5.a Roboty wykończeniowe komory rozjazdów stacji C-17pkt **5.1.a*pkt 5.2.a, 9.6.a** Instalacje i urządzenia komory rozjazdów stacji C 17 pkt **6.i.a*pkt 6.2.a, 14.a** Prefabrykowana obudowa tuneli - dostawa pomiędzy pkt 2.4 a pkt 2,5 ukryte wiersze dotyczą betonów podtorza oraz robót torowych Stacji C-16, **16.1** Projekty wykonawcze pkt 1.16 System zautomatyzowanej informacji dla pasażerów ~S,STP/CD -pozycje dublują się,

W celu uniknięcia pomyłki prosimy o przekazanie obowiązującego Załącznika nr 8a do SIWZ w wersji pdf, i w programie Excel z uwzględnieniem skorygowanych wierszy .”, zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie nr 1433.

Wyjaśnienia nr 18 z dnia 17 lipca 2015r.

W odpowiedzi na pytanie nr 44 zamawiający zmodyfikował zapisy pkt 2.6 OWU" - pkt 2.6 OWU otrzymuje brzmienie: 2.6. Strony Umowy, zgodnie z art. 144 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dopuszczając możliwość zmiany istotnych postanowień zawartej umowy, w następującym zakresie i w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:

- 1) zmiana terminów określonych w Umowie, w przypadku wystąpienia przyczyn wskazanych pon w lit a-o, o okres ich trwania, o ile ich wystąpienie będzie miało wpływ na terminy określone w Umowie
 - a) zmiany zakresu prac wprowadzonych zgodnie z Umową;
 - b) wystąpienia Siły Wyższej;

- c) przerwania lub opóźnienia Robót Budowlanych na żądanie władz publicznych z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy;
- d) przerwania lub opóźnienia Robót Budowlanych spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności takimi jak: - odkrycie broni, bomb, niewybuchów lub innych materiałów wybuchowych oraz przedmiotów o znaczeniu archeologicznym i historycznym;
- wykrycie instalacji, urządzeń lub budowli podziemnych nie ujętych w Programie Funkcjonalno Użytkowym lub Projektach Budowlanych i nie zinwentaryzowanych przez właścicieli i gęsto instalacji i urządzeń, a wymagających przebudowy w związku z wykonywaniem Przedmiotem Zamówienia;
- e) zmian przepisów prawa;
- f) opóźnień w rozpoczęciu Robót Budowlanych powstałych z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy;
- g) przedłużenia terminów wydania aktów administracyjnych wydawanych przez organy administracji publicznej, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww decyzje administracyjne powinny zostać wydane,

59

- h) zmiany ewentualnej umowy o dofinansowanie w zakresie w jakim zmiana umowy o dofinansowanie będzie miała wpływ na zmianę terminów określonych w Umowie,
- i) wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonywanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonych Umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonywania tych prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- j) wystąpienia konieczności wykonania Robót Zamiennych lub udzielenia Zamówień Dodatkowych, które wstrzymują lub opóźniają realizację Przedmiotu Zamówienia, o ile wstrzymanie lub opóźnienie to nie wynika z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca,
- k) wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji,
- l) wystąpienia opóźnień w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- m) wystąpienia opóźnień w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww, decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- n) wystąpienia braku możliwości wykonywania robót z powodu nie dopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, o) wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian w Projekcie Budowlanym wskazanych przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego,
- 2) zmiana Ceny Umownej, o ile wystąpienie przyczyn wskazanych poniżej w lit, a - e będzie miało wpływ na zmianę Ceny Umownej:
- a) w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT);
- b) w wyniku waloryzacji dokonanej zgodnie z pkt 20, 11. i 20. 12, OWU;
- c) w związku z wprowadzeniem Robót Zamiennych albo Robót Zaniechanych zgodnie z pkt 19 OWU;
- d) w związku z zaistnieniem konieczności dokonania zmian w Projekcie Budowlanym wskazanych przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego,
- e) w przypadku konieczności zrealizowania Przedmiotu Zamówienia przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany

60

- 3) wykreślono;
 - 4) zmiana Umowy w związku z ograniczeniem zakresu rzeczowego i finansowego zgodnie z pkt 16 i pkt 20,9, OWU;
 - 5) wykreślono;
 - 6) zmiana Umowy w związku ze zmianami w wymaganej sprawozdawczości, rozliczeniach kosztów, sposobu rozliczania lub dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy w związku ze zmianami ewentualnej zawartej przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie lub w wyniku ewentualnych zmian wymagań Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko;
 - 7) zmiana Umowy w związku z ograniczeniem zakresu rzeczowego i finansowego związana ze stwierdzeniem Wad Istotnych nie nadających się do usunięcia, zgodnie z pkt 13.4.2) OWU;
 - 8) wykreślono;
 - 9) wykreślono;
 - 10) zmiana Umowy wynikająca z orzeczeń sądów powszechnych, rozstrzygnięć administracyjnych i orzeczeń sądów administracyjnych wraz ze skutkami tych orzeczeń lub rozstrzygnięć w zakresie w jakim będą one miały wpływ na postanowienia niniejszej umowy;
 - 11) zmiana umowy w związku ze zmianą przepisów prawa o charakterze powszechnie obowiązującym wprowadzonych w życie po dacie zawarcia Umowy, wraz ze skutkami takiej zmiany regulacji prawnych w zakresie w jakim zmiana przepisów prawa o charakterze powszechnie obowiązującym będzie miała wpływ na postanowienia niniejszej umowy, W odpowiedzi na pytanie nr 1510 o treści „Czy w WHRF Zadanie 1 i Zadanie 2 w wierszach 8,2,a, 8,2,b, 11.2.a i 14,2.a można wpisać wartość prac. mimo, że wiersze są zaznaczone na kolor pomarańczowy?” zamawiający uznał pytanie za niezrozumiałe gdyż należy wypełnić każdy wiersz WHRF dla Zadania nr 1 i WHRF dla Zadania nr 2.
- W odpowiedzi na pytanie nr 1511 o treści „W WHRF Zadanie 1 znajdują się 2 łączniki tunelowe, a powinny być trzy. Gdzie wpisać koszt trzeciego?”, zamawiający odpowiedział, że w WHRF Zadanie nr 1 znajdują się dwie pozycje tunele łącznikowe:
- w poz. 8.2.b pkt. 2,13 „Tunele łącznikowe (wykonywane po drażeniu i budowie obu tuneli D7 i przed wykonaniem podtorza), gdzie należy wprowadzić koszt 1 szt tunelu łącznikowego,
 - w poz. 14.2.a pkt 2.15 „Tunele łącznikowe (wykonywane po drażeniu i budowie obu tuneli D9 i przed wyk. podtorza)” gdzie należy wprowadzić koszt 2 szt tuneli łącznikowych.
- W odpowiedzi na pytanie nr 1514 o treści „W nawiązaniu do zapisu PFU:

61

„W zakresie wyposażenia technologicznego w ramach Przedmiotu Zamówienia inwestycję należy wyposażyć w pojazdy specjalne niezbędne do utrzymania technicznego obiektów w zakresie nie mniejszym niż:

- 1 derezyna (wózek motorowy) z dwiema platformami z wychylnymi skrzydłami,
- wózek nożycowy akumulatorowy lub podnośnik koszowy akumulatorowy o wysokości roboczej wystarczającej do obsługi najwyższych punktów konstrukcji: wymiana oświetlenia, budowane prace konserwacyjne itp, i ciężarze umożliwiającym pracę wózka na peronie pasażerskim (...)” Wykonawca zwraca uwagę, iż w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym nie przewidziano odrębnej pozycji „dostarczenie pojazdów specjalnych”, w związku z tym Wykonawca prosi o określenie przez Zamawiającego, w której z pozycji Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego należy uwzględnić koszt ich dostarczenia.”, zamawiający odpowiedział, że we Wstępnym HRF kwotę za pojazdy specjalne należy umieścić w pozycji Instalacje i urządzenia torów odstawczych i komory zawracania pociągów stacji. Zamawiający przypomina jednocześnie, że we wstępnym HRF trzeba przewidzieć kwoty na wyposażenie pomieszczeń oraz wyposażenie technologiczne, które należy uwzględnić w pozycjach „Instalacje i urządzenia” dla stacji 1 wentylatorni.

Wyjaśnienia nr 22 z dnia 3 sierpnia 2015r.

W odpowiedzi na pytanie nr 18 zamawiający zmodyfikował treść punktu 2.5 OWU - treść punktu otrzymuje brzmienie: 2.5. „W przypadku wątpliwości interpretacyjnych powstałych w trakcie wykonywania Umowy i realizacji Przedmiotu Zamówienia, dotyczących w szczególności treści Umowy, rodzaju i zakresu prac określonych w Umowie oraz zakresu praw i obowiązków Zamawiającego lub Wykonawcy, obowiązywać będzie następująca kolejność ważności dokumentów:

- 1) Umowa,

- 2) Ogólne Warunki Umowy, 3) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia,
- 4) Program Funkcjonalno - Użytkowy z załącznikami,
- 5) Projekty Budowlane,
- 6) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
- 7) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami,
- 8) Projekty Wykonawcze;
- 9) Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia,
- 10)Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia,
- 11)Wstępny Harmonogram Rzeczowo - Finansowy Przedmiotu Zamówienia,
- 12)inne dokumenty stanowiące część Umowy".

Z protokołu otwarcia ofert wynika, że w zadaniu 1 złożono następujące oferty cenowe:
Konsorcjum Inżynieria brutto 1 302 570 000,00zł.

62

Konsorcjum Torpol brutto 1 275 403 113, 00zł.

Firma Dogus brutto 1513 598 947,40 zł.

Firma Metrostav brutto 1800 737 734,18 zł.

Firma Gulermak brutto – 1147 999 590,00zł.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania nr 1 kwotę 1 684 804 479,57zł. brutto. Od tej wartości cena oferty Gulermak jest niższa o 31,86%. Średnia wartość złożonych ofert to 1 408 061 876,92zł., a cena oferty Gulermak jest od niej niższa o 18, 47%, natomiast, od drugiej co do ceny złożonej oferty czyli oferty Torpol to 9, 98%, od trzeciej czyli Konsorcjum Inżynieria – 11,87% a od czwartej ze złożonych ofert Dogus, to 24,15%. Natomiast 5 oferta firmy Metrostav wykracza poza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia

W zadaniu nr 2 złożono następujące oferty cenowe:

Konsorcjum Budimex brutto 1 833 069 000,00zł.

Konsorcjum Vianini brutto 1 104 232 499,64zł.

Firma Astaldi brutto 1 066 741 483,79zł.

Konsorcjum Acciona brutto 1 273 992 789,33zł.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania nr 2 kwotę 1 489 952 904,75zł. brutto, oferta Astaldi jest niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o 28,40%, a oferta Konsorcjum Vianini o 25,89%. Średnia wartość złożonych ofert to 1 319 508 943,19zł., oferta Astaldi jest niższa od średniej ofert o 19,16%, a oferta Konsorcjum Vianini o 16,31%. Przy czym różnica pomiędzy ofertą Astaldi, a Vianini to 3,39%, a różnica między Vianini, a Acciona to 13, 33%. Natomiast oferta Konsorcjum Budimex wykracza ponad kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Z ZP-1 wynika, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zadania nr 1 na kwotę 1 369 759 959,00zł., a zadania 2 na kwotę 1 211 343 825,00zł. oferta Astaldi jest niższa od wartości szacunkowej o 11,94%, a oferta Konsorcjum Vianini o 8,84%

W zadaniu nr 1:

W ofercie Konsorcjum Inżynieria na str. 3 w pkt 10 złożono następujące oświadczenia część zamówienia powierzymy podwykonawcom – zgodnie z załącznikiem nr 27 do oferty i skreślono „będziemy korzystać z zasobów innych podmiotów przy realizacji zamówienia w zakresie”. Na str. 6- 39 znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Inżynieria, na które wedle str. 3 oferty składają się wykaz wykonanych robót budowlanych oraz załączniki do tego wykazu. Wobec faktu, że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące tych dokumentów nie były opatrzone klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa” Izba oceniła, że dane wynikające z tego dokumentu zostały z woli wykonawcy podane do publicznej wiadomości czyli jawne jest to, że wykonawca posługuje się zasobem innego

63

podmiotu w zakresie zasobu wiedzy i doświadczenia, że podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a oddeleguje pracownika oraz, że do wykazu załączono dokumenty potwierdzające umocowanie osoby podpisującej oświadczenie do działania w imieniu podmiotu udostępniającego zasób. Informacje te znajdują pokrycie w ujawnionych dokumentach w szczególności na str. 15-18 – oświadczenie podmiotu oraz 19 – 39 dokumenty potwierdzające umocowanie. Odwołujący Inżynieria nie ujawnił natomiast nazwy

firmy i kraju jej pochodzenia.

W ofercie Konsorcjum Torpol na str. 138 – 139 znajdują się opinie bankowe. Z opinii bankowej Citi Handlowy z dnia 17 czerwca 2015r. wynika, że na rachunku Torpol w tym banku obroty z ostatnich 3 miesięcy wyrażały się kwotą 8 cyfrową po stronie uznań, Torpol posiada zdolność kredytową na kwotę 150 000 000zł. i na dzień 16 czerwca 2015r. konto było wolne od zajęć sądowych i administracyjnych. Z zaświadczenia w Banku Zachodniego WBK z dnia 9 lipca 2015r. wynika, że Torpol współpracuje z bakiem od 2010r. i posiada rachunek bieżący, gdzie uznania w okresie rocznym poprzedzającym wydanie zaświadczenia wyrażały się kwotą 9 cyfrową.

Na rachunku escrow kwotą 9 cyfrową, na rachunku powierniczym nr 1 8 cyfrową, rachunku powierniczym nr 1 brak obrotów, na rachunku powierniczym nr 3 kwotą 4 cyfrową, na rachunku powierniczym nr 4 brak obrotów, na rachunku powierniczym nr 5 kwotą 9 cyfrową, na rachunku powierniczym nr 6 brak obrotów, na rachunku powierniczym nr 7 kwotą 6 cyfrową łączna wartość na ww. rachunkach na dzień 8 lipca wynosi 24 090 116,72 PLN, a Torpol posiada zdolność kredytową w wysokości 100 000 000zł. , rachunki klienta nie są obciążone tytułami egzekucyjnymi, korzysta z kredytów i zobowiązania reguluje prawidłowo i terminowo.

W ofercie Gulermak – ofertę podpisał i poświadczył za zgodność z oryginałem Mustafa Tuncer. Do oferty na str. 7-9 załączono pełnomocnictwo z dnia 16 marca 2015r. udzielone przez Kemal Tahir Guleryuz oraz Necdet Demir. Na str. 10-71 znajduje się Dziennik Rejestru

Handlowego Oddział w Ankarze z dnia 12 lutego 2015r. nr 8757 – ten sam co załączony do przystąpienia i treść artykułu 3 jest identyczna oraz karty wzorów podpisów z dnia 12 lutego 2015r., także załączone do przystąpienia. Na str. 86-87 znajduje się wykaz wykonanych robót, gdzie w poz. 1 wskazano Projekt i budowa II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do stacji „Dworzec Wileński” w Warszawie – zakres tego zamówienia jest bezsporny, jako datę wykonania wskazano 28.10.2009 – 30.09.2014r., zlecniodawcą był obecny zamawiający, na potwierdzenie prawidłowego ukończenia i wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej nie przedłożono poświadczeń. W poz. 2 wskazano Roboty budowlane linii metra Kadikoy-Kartal oraz dostawę, montaż i przekazanie do eksploatacji systemów mechanicznych, o zakresie zamówienia ok. 8 km podziemnego tunelu metra wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) w Stambule, 15 stacji

64

podziemnych (z przejściem tarczą TBM poprzez konstrukcję jednej stacji), wykonanie wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe na rzecz Urzędu Miejskiego w Stambule w okresie od 06.03.2008-02.10.2012. Na potwierdzenie prawidłowego ukończenia przedstawiono dokumenty na str. 89 –94, gdzie przedstawiono świadectwo ukończenia, z którego wynika, że pierwotny zakres zamówienia był wart 751 256 042,50 euro, ogólna wartość umowy 901 356 999, 79 euro, zaś wartość robót wykonanych 894 621 723, 45 euro, w tłumaczeniu w pozycji 12 pod literami A-C znajduje się sformułowanie „pieniężny/fizyczny 98,70%, przy czym w oryginalnej wersji językowej w tym miejscu takich danych procentowych nie ma. Natomiast w piśmie przewodnim do świadectwa ukończenia poza podanymi w świadectwie ukończenia wartościami robót podano, że stopień wykonania wartościowego robót w stosunku do wartości pierwotnej wynosił 119,08%, a do wartości ogólnej 99,25%. Brak sformułowań dotyczących prawidłowości ukończenia, czy zgodności ze sztuką budowlaną . Na str. 96-97 znajduje się zaświadczenie z Oddziału Rejestru Handlowego w Ankarze, że Gulermak nie znajduje się w stanie upadłości/likwidacji wystawione dnia 24 lipca 2015r. Na str. 99 – 101 znajduje się zaświadczenie Dyrekcji Generalnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Republiki Turcji, które potwierdza, że spółka Gulermak nie posiada żadnej zaległości z tytułu należnych składek na ubezpieczenie społeczne wystawione dnia 23 lipca 2015r. Na str. 103 – 104 znajduje się zaświadczenie z Ministerstwa Finansów Dyrekcji Departamentu Przychodów Internetowego Urzędu Podatkowego w Turcji, że na dzień 23 lipca 2015r. brak jest zaległości podatkowych. Na str. 108-109 znajduje się zaświadczenie o zdolności przetargowej firmy Gulermak wystawione dnia 19 marca 2015r. Na str. 112 – 113 znajduje się zaświadczenie Prokuratury Generalnej Republiki Turcji wystawione dla Guleryuz Kemal Tahir stwierdzające, że osoba ta nie figuruje w rejestrze skazanych, wystawione w dniu 24 czerwca 2014r., oraz na str. 114-115 znajduje się zaświadczenie Prokuratury Generalnej Republiki Turcji wystawione dla Demir Necdet stwierdzające, że osoba ta nie figuruje w rejestrze skazanych, wystawione w dniu 24

czerwca 2014r.

Z odpisu z KRS nr 0000333102 wynika, że Gulermak posiada oddział w Polsce w Warszawie, ul. Elbląska 15/17. Z Działu 2 KRS wynika, że organem uprawnionym do reprezentowania podmiotu jest zarząd, a dla ważności wszystkich dokumentów wydawanych lub umów zawieranych przez spółkę wymagane są podpisy złożone pod pieczęcią firmową przez jednego dyrektora generalnego lub dwóch członków zarządu uprawnionych do reprezentacji spółki od dnia 25 października 2011r. w składzie zarządu wymieniono Demir Necdet, Guleryuz Kemal Tahir, Ozdemir Uguray, Bakan Cengiz, Oguz Ali Engin, zaś jako osobę reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale Tuncer Mustafa.

65

Ze sprawozdania finansowego, wedle oświadczenia Konsorcjum Inżynieria, będącego sprawozdaniem finansowym Oddziału Gulermak w Polsce za okres 1 stycznia – 31 grudnia 2014r. wynika, że Oddział osiągnął zysk 137 266 929,15zł., naliczył podatek dochodowy w wysokości 32 194 291,96zł. zapłacił podatki i opłaty w wysokości 89 833,07 zł., a ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia wydał 1 471 007,72zł.

W zadaniu 2 :

W ofercie Astaldi na str. 270 znajduje się opatrzony tajemnicą przedsiębiorstwa Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy.

W ofercie Vianini na str. 409 znajduje się opatrzony tajemnicą przedsiębiorstwa Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy. Na str. 37- 38 oferty znajduje się wykaz wykonanych robót, gdzie w poz. 1 wskazano projekt budowlany i wykonawczy oraz realizację nowej linii metra „C” w Rzymie, na odcinku Clodio/Mazzini-Monte Compatti/Pantano oraz hali serwisowej „Officina Graniti” dla Roma Metropolitane SRL w okresie od 12.04.2006 – 11.05.2015. Na str. 39-44 znajduje się poświadczenie Roma Metropolitane z dnia 31 lipca 2015r., w którym potwierdzono rozpoczęcie prac w dniu 12 kwietnia 2006r., zaś jako datę zakończenia prac wskazano 31 grudnia 2015r., wskazano także, że procent wykonania prac pierwszego etapu strategicznego na dzień 28 lutego 2015r. wynosił 94,82% oraz, że odcinek Hala serwisowa „Officina Granti” został odebrany i w dniu 9 listopada 2014r. otwarty dla ruchu handlowego, oraz roboty dla odcinak T5 i T4 zostały odebrane w dniu 11 maja 2015r., a odcinek w dniu 29 czerwca 2015r. został oddany do ruchu handlowego. Wymienione roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, z dobrym wynikiem, zgodnie ze specyfikacjami projektowymi, nie dając powodów do sporów sądowych i prawidłowo ukończone.

Łbza porównała harmonogramy w zadaniu nr 2 we wszystkich złożonych ofertach w pozycjach 6.3 Korpus Stacji C18 pkt. 3.1. Roboty ziemne oraz 3.2 Specjalistyczne roboty fundamentowe, i pkt. 6.3.a Korpus torów odstawczych i komory zawracania pociągów stacji C18 pkt. 3.1.a Roboty ziemne i pkt. 3.2.a Specjalistyczne roboty fundamentowe. Na podstawie tych dokumentów Łbza stwierdziła, że trzy oferty w zakresie wartościowym poz. 6.3.1, 6.3.2 i 6.3.1.a i 6.3.2.a są do siebie zbliżone wartościowo, a jedna znacznie od nich odbiega (jest droższa w poz. 6.3.1, 6.3.2, 6.3.2.a), co do planowania czasowego, to w zakresie poz. 6.3.1 i 6.3.2 dwie oferty przewidują rozpoczęcie finansowania prac z poz. 6.3.2 przed poz. 6.3.1, jedna przewiduje rozpoczęcie finansowania prac jednocześnie w zakresie poz. 6.3.1 i 6.3.2, a jedna przewiduje rozpoczęcie finansowania prac w poz. 6.3.1. przed 6.3.2), natomiast w zakresie poz. 6.3.1.a i 6.3.2.a dwie oferty przewidują najpierw rozpoczęcie finansowania prac z poz. 6.3.2a, a później 6.3.1a, przy czym jedna z nich przewiduje przerwy w trakcie finansowania poz. 6.3.1a, i dwie oferty przewidują rozpoczęcie

66

finansowania poz.6.3.1.a przed poz. 6.3.2.a przy czym jedna z nich przewiduje przerwy w finansowaniu poz. 6.3.1.a

Z protokołu nr 9 Komisji Przetargowej wynika, że do oferty Konsorcjum Vianini i oferty Astaldi Komisja ustaliła moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stan prawny, który obowiązywał w przedmiotowym postępowaniu, oraz, co miał zawierać zgodnie z pkt. 10.10 Wstępny Harmonogram, jaka jest definicja tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 i stwierdzenie, że w opinii Komisji informacje zawarte w harmonogramie nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, ustalenie co może być

przedmiotem zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle art. 86 ust. 3 ustawy i komisja stwierdziła, że informacje zawarte w harmonogramie dotyczą ceny i nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica, wskazał jak należy rozumieć charakter pomocniczy i informacyjny tj. pomocniczy dla weryfikacji składników cenotwórczych oferty lub ustalenia czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, utajnienie harmonogramu utrudnia ustalenie powyższych okoliczności oraz decyzję komisji o wezwaniu wykonawców do wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych we wstępnych harmonogramach. W dniu 21 sierpnia 2015r. zamawiający wezwał wykonawców Astaldi i Konsorcjum Vianini do wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia w ofertach Wstępnych Harmonogramów Rzeczowo-Finansowych

W dniu 27 sierpnia 2015r. Konsorcjum Vianini wyjaśniło, że informacje zawarte w Harmonogramie mają charakter organizacyjny tj. określają sposób organizacji robót wraz z ich etapowaniem i wykonawca podjął czynności zmierzające do zachowania ich w poufności tj. wykluczenie wejścia osób nieuprawnionych do siedziby wykonawcy lub miejsc przechowywania dokumentów, całodobowa przeszkolona ochrona, monitoring, elektroniczny system identyfikacji osób wchodzących, a także przechowywanie informacji w sejfach, pokojach zamykanych na klucz i zabezpieczonych przed cyberatakiem serwerach, zobowiązano także umownie pracowników i usługodawców do zachowania poufności informacji.

W dniu 27 sierpnia 2015r. Astaldi wyjaśniło, że waga przedmiotowej inwestycji wymagała opracowania przed złożeniem oferty koncepcji realizacji przedsięwzięcia. Koncepcja obejmuje w szczególności sferę organizacji i koordynacji rozwiązań projektowych jak i planowaną i możliwą do zastosowania technologię i rozwiązania inżynierskie, a także szeroko pojęty obszar zarządzania kontraktem. Przygotowanie oferty wymagało zdefiniowania i wyceny ryzyk i doboru właściwej ścieżki krytycznej. Według Astaldi harmonogram jest integralną częścią oferty zawiera terminy wykonania projektów wykonawczych, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz wykonania robót budowlanych, a także zawiera wszelkie koszty składające się na cenę oferty. Z wyjaśnień treści siwz w odpowiedziach na pytania 128, 298, 1346, 1335 wykonawca oparł przekonanie,

67

że wykonawcy mieli jedynie narzucony 38 miesięczny termin wykonania robót oraz zakresem samego zamówienia. Natomiast sposób zorganizowania prac, rozłożenia ich w czasie z włączeniem chronologii wykonywania kolejnych prac, opracowania strategii co do sposobu zaangażowania zasobów technicznych i osobowych oraz środków finansowych na określonym przyjętym przez wykonawcę etapie wykonania robót – pozostawiony został decyzji wykonawcy i dlatego dokument ten stanowi koncepcję organizacyjno- finansową wykonania przedmiotu zamówienia. Od umiejętności i doświadczenia wykonawcy w skonstruowaniu sposobu organizacji i finansowania przedmiotu zamówienia zależy jego wykonanie, a także złożenie oferty konkurencyjnej cenowo i dlatego treść harmonogramu ma dla Astaldi wartość gospodarczą i jego sporządzenie nie polegało na prostym uzupełnieniu o pozycje zawierające przewidywane do wykonania czynności i przyporządkowaniu im kosztów/. Wskazał na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015r. sygn. akt KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15, KIO 1211/15. Harmonogram odzwierciedla inżynierię finansową oferty. Podkreślił, że właśnie określenie indywidualnego rozkładu kosztów w czasie i zaangażowania sprzętu i personelu wykonawcy na poszczególnych etapach realizacji inwestycji stanowi jego know-how, metod operowania i systemu wykorzystania dostępnych zasobów. Wskazał na sporządzenie studium dotyczącego wykonalności projektu i jego elementy, które znalazły odzwierciedlenie w harmonogramie i podniósł, że elementy te mają wartość gospodarczą tak same w sobie jak i w powiązaniu z pozostałymi elementami i stanowią o przewadze konkurencyjnej Astaldi. Wiedza o organizacji inwestycji stanowi cenny element obrotu rynkowego. Wartość gospodarcza informacji ma wymiar zarówno majątkowy i niemajątkowy i przekazanie innym wykonawcom tych informacji chronionych sprawiłoby, że ci wykonawcy mieliby wypracowany know-how bez konieczności płacenia za niego. Wskazał dodatkowo na wyrok Izby z dnia 25 lutego 2013r. sygn. akt KIO 293/13, z dnia 16 października 2014r. sygn. akt KIO 1982/14, z 9 lutego 2015r. sygn. akt KIO 165/15, z dnia 7 maja 2014r. sygn. akt KIO 802/14, z dnia 2 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1446/12, a także na komentarz A. Michalaka do art. 11 z LEX Omega i wyrok Izby z dnia 15 listopada 2012r. sygn. akt KIO 2370/12. Wskazał, że zastrzegł poufność powyższych danych przez oznaczenie ich w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa,

ponadto ma w firmie wdrożony System Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa, który w firmie jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa i dostęp do niego jest uzyskiwany po złożeniu stosownych zapewnień, co do zachowania go w poufności zawiera on procedury postępowania z tajemnicą przedsiębiorstwa w szczególności dotyczące jej udostępniania, wykorzystywania, przetwarzania, przesyłania i zabezpieczania oraz skonkretyzowane informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa do których uzyskuje dostęp dana osoba, prowadzony jest rejestr osób, którym tajemnica jest udostępniana z danymi o tym jaka informacja i w jakim zakresie została danej osobie udostępniona. Ponadto poza grupą osób

68

które wytworzyły informacje zawarte w harmonogramie informacje te zostały po raz pierwszy udostępnione w treści oferty, nie były ujawniane i nie uchylono ich ochrony.

W dniu 21 września 2015r. zamawiający wezwał Konsorcjum Inżynieria do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z pkt. 62 w związku z pkt 6.4 siwz. Według zamawiającego dokumenty te należało złożyć, gdyż mimo że wykonawca oświadczył, w formularzu ofertowym, że nie będzie korzystał z zasobów innych podmiotów przy realizacji zamówienia, to z oświadczenia podmiotu trzeciego wynika, że zobowiązuje się on do udostępnienia swojego potencjału oraz współpracy przy realizacji zamówienia, a na str. 16 oferty wskazuje także w jaki sposób będzie uczestniczył przy realizacji zamówienia. Z tego względu wykonawca powinien uzupełnić swoją ofertę o dokumenty wskazane w pkt. 62. 1-7 siwz.

W dniu 29 września 2015r. Konsorcjum Inżynieria odpowiadając na wezwanie wskazało, że wezwanie jest bezzasadne, gdyż do oferty dołączono świadectwo rejestracji podmiotu udostępniającego zasoby, oraz kopie i tłumaczenia kolejnych aktów stanowiących status podmiotu udostępniającego, zatem oświadczenie zostało podpisane przez osobę umocowaną do jego złożenia. Natomiast, co do pozostałych dokumentów, to podmiot udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji żadnej części zamówienia, a potencjał wiedzy i doświadczenia zostanie przekazany przez fachowe doradztwo pracowników skierowanych przez podmiot udostępniający do pomocy w realizacji zamówienia. Konsorcjum Inżynieria podkreśliło, że udostępnienie zasobu innego podmiotu nie wymaga każdorazowo formy podwykonawstwa. Wskazał na poglądy orzecznictwa – wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011r. sygn. akt XII Ga 315/11 i Izby w wyrokach sygn. akt KIO 356/11, KIO 424/11, KIO 2237/13, KIO 2667/13, KIO 510/11, KIO 1687/12, KIO 1562/11, KIO 2854/12, KIO 1683/11, KIO 1237/11 oraz wskazał jak wypełnić ofertę i podkreślił, że przewidział i złożył stosowne oświadczenie, co do podwykonawstwa części robót, ale w żadnym zakresie podmiot udostępniający know-how nie jest podwykonawcą i udostępnienie będzie polegać na delegowaniu pracownika, który przekaże know-how w toku prac., zatem nie występują wbrew stanowisku zamawiającego jakiejkolwiek rozbieżności w jego ofercie.

W dniu 21 września 2015r. zamawiający wezwał Gulermak do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 dotyczących numeru NIP i REGON wykonawcy, a także czy numer NIP podany w zaświadczeniu o niezaleganiu w płatnościach składek na ubezpieczenie społeczne, a także potwierdzeniu Ministerstwa Finansów Dyrekcji Departamentu Przychodów o braku zaległości podatkowych jest numerem identyfikacji podatkowej Gulermak zgodnie z prawem Republiki Turcji. W dniu 25 września 2015r. wykonawca Gulermak wyjaśnił tę kwestię.

69

Z protokołu nr 10 Komisji Przetargowej wynika, że Komisja oceniła wyjaśnienia złożone przez Astaldi i Konsorcjum Vianini jako spełniające przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 uznk.

Z umowy z dnia 28 października 2009r. zawartej pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum Astaldi, Gulermak i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów (jak wskazano wyżej zwany dalej wykonawcą) wynika, że umowa miała być zakończona w terminie 48 miesięcy od daty zawarcia umowy – par. 2 Ogólne warunki umowy stanowiły załącznik do tej umowy – par. 5. Termin wykonania przedmiotu zamówienia lub jego części – okres uzgodniony w umownie na wykonanie przedmiotu zamówienia lub jego części (etapy, grupy robót) wraz z przeprowadzeniem prób końcowych i rozruchu przedmiotu zamówienia, uzyskaniem koniecznych uzgodnień i pozwoleń, do których uzyskania zobowiązany jest wykonawca –

liczony od daty zawarcia umowy do daty zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia lub jego części – pkt. 1.33 OWU.

Data zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia lub części robót budowlanych – data doręczenia kierownikowi kontraktu KZ przez kierownika kontraktu KW pisemnego powiadomienia o zakończeniu realizacji przedmiotu zamówienia lub jego części i zgłoszonego do odbioru końcowego lub częściowego, dokonanego na podstawie wpisu kierownika budowy w dzienniku budowy o zakończeniu przedmiotu zamówienia lub jego części etapu, grup robót) w wyniku którego został dokonany odbiór końcowy przedmiotu zamówienia lub częściowy przedmiotu zamówienia protokołem odbioru końcowego lub odbioru częściowego – pkt. 1.35 OWU.

Wada – wada fizyczna i prawna w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego wynikająca z niewykonania przedmiotu zamówienia lub jego części (w tym zamontowanych urządzeń i użytych materiałów) albo wykonania przedmiotu zamówienia lub jego części (w tym zamontowanych urządzeń i użytych materiałów) niezgodnie z umową, programem funkcjonalno-użytkowym, dokumentacją projektową STWIORB oraz pozostałą dokumentacją budowy, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej – pkt. 1.37 OWU

Wada istotna – wada w rozumieniu pkt. 1.37 OWU uniemożliwiająca użytkowanie i korzystanie z przedmiotu zamówienia lub jego części, zgodnie z jego przeznaczeniem wynikającym z przedmiotu zamówienia albo odbierająca cechy właściwe przedmiotowi zamówienia lub jego części istotnie zmniejszając wartość przedmiotu zamówienia. Wada istotną jest również wada sprzeciwiająca się wyraźnie treści umowy – pkt. 1.38 OWU

Wada nieistotna – wada w rozumieniu pkt. 1.37 OWU nie będąca wadą istotną – pkt. 1.39 OWU.

Odbiór końcowy przedmiotu zamówienia – odbiór dokonany w formie protokołu odbioru końcowego uzgodnionego pomiędzy stronami umowy, polegający na uznaniu, iż wykonawca wykonał przedmiot zamówienia, zgodnie z postanowieniami umowy – 1.44 OWU.

70

Odbiór Ostateczny przedmiotu zamówienia – odbiór polegający na ocenie wykonania przedmiotu zamówienia, związany z usunięciem wad powstałych i ujawnionych w okresie rękojmi za wady i gwarancji jakości – 1.45 OWU.

Pkt. 2.4. OWU określał ściśle przypadki, kiedy może dojść do odstąpienia od terminów określonych we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowym Przedmiotu Zamówienia i Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Przedmiotu Zamówienia

Pkt. 8.15 OWU wskazywał, że warunkiem odbioru końcowego przedmiotu zamówienia jest uprzednie przeprowadzenie przez wykonawcę rozruchu przedmiotu zamówienia i złożenie komisji odbioru protokołu rozruchu przedmiotu zamówienia podpisanego przez kierownika kontraktu KW, Kierownika kontraktu KZ, kierownika budowy oraz innych wskazanych przez zamawiającego przedstawicieli zamawiającego, w szczególności przedstawicieli służ eksploatacyjnych Merta Warszawskiego sp. z o.o. Pełną odpowiedzialność za prawidłowe i zgodne z przepisami przeprowadzenie rozruchu inwestycji ponosi wykonawca.

Pkt. 8.18 OWU stanowi, że warunkiem zgłoszenia do odbioru końcowego przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt. 8.16 OWU i podpisania przez zamawiającego protokołu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia jest łączne spełnienie przez wykonawcę następujących przesłanek:

- 1) Wykonawca wypełnił wobec zamawiającego wszystkie zobowiązania umowne związane z realizacją przedmiotu zamówienia
- 2) Wykonawca dostarczył wszystkie wymagane dokumenty dla dokonania odbioru końcowego przedmiotu zamówienia
- 3) Wykonawca dostarczył dokumenty gwarancyjne, o których mowa w pkt. 11.5 OWU
- 4) Zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniesione przez wykonawcę obejmuje okres gwarancji i rękojmi za wady przedmiotu zamówienia.

Pkt. 10.1 OWU Wykonawca jest odpowiedzialny za wady przedmiotu zamówienia lub jego części oraz powstałe z przyczyn wynikających z przedmiotu zamówienia, a także jest zobowiązany do naprawy na koszt własny, w ramach ceny umownej, wszelkich szkód i strat powstałych w czasie wykonania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby doprowadzić do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, dokumentacją projektową, STWIORB oraz przepisami prawa.

Pkt. 10.2 OWU Obowiązek usunięcia wad, jak i faktyczne ich usunięcie, nie ogranicza uprawnienia zamawiającego do żądania odszkodowania za szkody powstałe w związku z

ujawnieniem wady.

Pkt. 10.3 OWU W przypadku stwierdzenia wady, kierownik kontraktu KZ ustali technologicznie możliwy do wykonania termin usunięcia stwierdzonych wad. Z chwilą ich usunięcia wykonawca powinien zawiadomić o tym zamawiającego. Jeśli usunięcia wad nie

71

nastąpi w ustalonym terminie, zamawiający może zlecić ich usunięcie innej osobie na koszt wykonawcy.

Pkt. 10.4 OWU Jeśli w toku czynności odbioru przedmiotu zamówienia lub jego części zostaną stwierdzone wady istotne, to zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady istotne nadają się do usunięcia, zamawiający odmówi dokonania odbioru przedmiotu zamówienia lub jego części i wyznaczy termin na usunięcie ujawnionych wad,
- 2) jeżeli wady istotne nie nadają się do usunięcia, zamawiający może odstąpić od umowy, z winy wykonawcy lub zażądać wykonania przedmiotu zamówienia po raz drugi na koszt wykonawcy.

Pkt. 14.1 OWU Zamawiający może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym w przypadkach przewidzianych przepisami kodeksu cywilnego, innymi przepisami prawa oraz w umowie. Zamawiający może ponadto rozwiązać umowę, jeżeli wykonawca narusza w sposób istotny postanowienia umowy.

Pkt. 15.1 OWU określono przesłanki zapłaty kary umownej przez wykonawcę zamawiającemu w tym za zwłokę w wykonaniu części przedmiotu zamówienia określonej w harmonogramach, za zwłokę w wykonaniu innych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy, za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia lub usunięciu wad ujawnionych w okresie rękojmi lub gwarancji.

Z aneksu nr 7 do umowy z dnia 28 października 2009r. wynika, że w skutek zawarcia ugody sądowej strony określiły nowy termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia na dzień 30 września 2014r.

Z protokołu odbioru końcowego centralnego odcinka II linii metra w Warszawie z dnia 26 czerwca 2015r. wynika, że zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia nastąpiło w dniu 30.09.2014r. zaś ostatni zapis dziennika budowy stacji „Centrum Nauki Kopernik został dokonany w dniu 3 października 2014r. Stwierdzone nieistotne wady, które mogą być

usunięte przez wykonawcę po odbiorze końcowym zostały wyszczególnione w protokołach odbiorów częściowych. Wykonawca zobowiązał się do ich usunięcia do dnia 30 września 2015r. Jakość wykonanych robót i użytych materiałów oceniono jako dostateczną. Nie zmniejszono wynagrodzenia z tytułu wad.

W protokole ze spotkania w sprawie sprawdzenia usunięcia wad nieistotnych stwierdzonych w protokole odbioru końcowego przedmiotu zamówienia z dnia 1 października 2015r. stwierdzono, że wykonawca w terminie do 30 września 2015r. nie usunął wszystkich wad nieistotnych, które w protokole wymieniono wady te dotyczą radiolączności tj. braku pozytywnej opinii działania systemów retransmisji od Policji usterki (C.9.01, C.10.1, C.11.2C.12.7, C.13.8, C.14.14, C.15.4) SRP – brak protokołu usunięcia usterek potwierdzającego poprawność warstwy ATO (C.9.2, C.10.3, C.11.4, C.12.10, C.13.4,

72

C.14.16, C.15.7) i WLAN/MAV - brak protokołu usunięcia usterek potwierdzającego transmisje obrazów lub głosu do pociągu (C.9.4, C.10.4, C.11.5, C.12.11C.13.5C.14.17, C.15.8), elektryczne, które dotyczą braku przeniesienia rozdzielni przepompowni do ich pomieszczeń – AGP z MW uzgodni sposób rozwiązania (C.11.6), podobnie przepompownie w zakresie szaf sterowniczych (C.12.4, C.14.7), instalacje elektryczne – brak odrębnej dokumentacji powykonawczej na posterunek policji, brak aneksu do projektu rozdzielnic oraz przeniesienie szaf sterujących do przepompowni, zbyt ciasna szafa RWP do wymiany na projektowaną, osłony żył kablowych – drzwi ocierają się o aparaty, brak dostępu do listew adresowych, może być zachwiany bilans energetyczny – AGP z MW uzgodni sposób rozwiązania (C.12.6, C.13.12), komunikacja pionowa – poprawić posadzki (uszczelnienia i naprawy), uzupełnić kratki ściekowe i pomalować ściany szybów – C.15.1 oraz STP brak protokołu usunięcia usterek, brak komputera z monitorem dotykowym, brak laptopa (TP.1, TP.2). Zamawiający określił wykonawcy termin do 8 października 2015r. na przedstawienie

przyczyn nieusunięcia wad w celu ustalenia, czy wykonawca dopuścił się zwłoki w usunięciu wad. W dniu 7 października 2015r. wykonawca wyjaśnił, które usterki już usunięto i wskazał konkretne terminy usunięcia pozostałych.

Z dziennika budowy nr 128 poz. 11 tom I wydanym dnia 28 kwietnia 2011r. Budowa II linii Metra w Warszawie, Wentylatroni Szlakowej wynika, że mimo przedstawienia obiektu w dniu 30 września 2014r. do odbioru końcowego służby zamawiającego nie potwierdziły gotowości do odbioru, gotowość do odbioru służby zamawiającego potwierdziły w dniu 3 października 2014r.

Z oświadczenia wykonawcy dotyczącego rozruchu testowego z dnia 3 marca 2015r. wynika, że wykonawca z wynikiem pozytywnym przeprowadził testu urządzeń, instalacji i systemów. Z pisma zamawiającego do wykonawcy z dnia 29 grudnia 2014r. wynika, że wykonawca nie przedstawił świadectw dopuszczenia do eksploatacji dla budowli, urządzeń lub pojazdów kolejowych, a dla części urządzeń uzyskane dopuszczenia są terminowe jedynie na okres prób eksploatacyjnych. Świadectwa dopuszczenia są warunkiem uzyskania przez zamawiającego świadectw bezpieczeństwa.

Z pisma wykonawcy do zamawiającego z dnia 25 lutego 2015r. wynika, że wykonawca zgłosił gotowość do odbioru częściowego systemów całoliniowych.

Z wzoru podpisów z dnia 26 września 2013r. dla Gulermak wynika, że w dniu 10 września 2013r. na członków zarządu z 3 letnią kadencją zostali wybrani Kemal Tahir Guleryuz i Necdet Demir i zostali oni upoważnieni do podpisu I stopnia, natomiast Ururay Ozdemir, Ali Engin Oguz i Cengiz Bakan zostali upoważnieni do podpisu II stopnia, informacje te ujawniono w Rejestrze Handlowym Oddział w Ankarze dnia 17 września 2013r. potwierdzając, że Kemal Tahir Guleryuz i Necdet Demir zostali wybrani na członków zarządu na okres 3 lat. Z Tureckiej Gazety Rejestru Handlowego str. 43 nr 8757 wynika, że w dniu 6

73

lutego 2015r. Gulermak przyjął uchwałę w zakresie uchwalenia wewnętrznego regulaminu, z art. 3 tegoż regulaminu w tłumaczeniu przysięgłym wynika w lit. a, że Do udzielania pełnomocnictwa dotyczącego działalności spółki uprawniony jest wyłącznie Zarząd Spółki. Osoby, które uzyskały upoważnienie od Zarządu na mocy tego Regulaminu, lecz zakres ich czynności określony we Wzorze Podpisów nie obejmuje możliwości udzielenia dalszych pełnomocnictw, nie mogą przekazać swoich obowiązków żadnej osobie ze spółki, ani też spoza niej w formie pełnomocnictwa. Do tego regulaminu sporządzono nowy wzór podpisu, z którego wynika, że osoby należące do grupy A uprawnień to:

Prezes Zarządu Kemal Tahir Guleryuz i Wicepreze Zarządu Necdet Demir,

Do grupy B:

Koordynator spraw finansowych – Ali Engin Oguz, i Dyrektor Księgowości Mesut Kaya

Do grupy C:

Dyrektor Działu Przetargów i Ofert – Gurdal Yigitbasi,

Pracownik Działu Przetargów i Ofert – Dilek Bakici,

Pracownik Działu Przetargów i Ofert – Aydogan Aydogdu,

Dyrektor Zakładu Produkcyjnego – Deniz Baki,

Dyrektor ds. Jakości – Ali Okan Unyazici

Dyrektor Działu Handlu Zagranicznego - Unal Turkmen

Dyrektor Działu Przetwarzania Danych – Evren Kol

Kierownik ds. Pracowniczych – Seval Nur Gokbulut,

Kierownik Księgowości - Murat Yilmaz

Pracownik Działu Księgowości – Ahmet Bicen.

Z opinii prywatnej dr Katarzyny Kochaniak wynika, że odwołujący Inżynieria stoi na stanowisku, że ocena zdolności kredytowej następuje na podstawie oceny informacji dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej podmiotu, a nie indywidualnie na podstawie

oceny współpracy konkretnego banku z konkretnym podmiotem. Z tego zdaniem odwołującego wynika teza, że oceny zdolności danego podmiotu przez różne banki SA tożsame i nie sumują się, a ewentualne rozbieżności w ocenie spowodowane są dowolnością wyboru metody oraz subiektywnymi ocenami mierników jakościowych.

Z opinii prywatnej prof. Dr hab. Bogudara Kordasiewicza wynika, że przystępujący Gulermak stoi na stanowisku, że niedopuszczalne jest dokonywanie merytorycznej oceny referencji związanych z wcześniej prowadzonymi postępowaniami w zakresie zamówień publicznych. Zakres dopuszczalnej w toku postępowania oceny przez zamawiającego należytego

wykonania przez ubiegających się wcześniej udzielonych zamówień nie jest zależny od tego czy te wcześniejsze prace były wykonywane na rzecz innych zamawiających, czy też zamawiającego prowadzącego postępowanie. Treść referencji nie może być przedmiotem

74

oceny przez zamawiającego, a w konsekwencji przedmiotem odwołania i przedmiotem kognicji Izby. Zamawiający prowadzący postępowanie, u którego nastąpiło nabycie wykazywanego doświadczenia nie jest zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek dodatkowych czynności. Dopuszczenie wykonawcy, który posłużył się doświadczeniem na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie stanowi dorozumiane oświadczenie woli zamawiającego, co do należytego wykonania poprzednio udzielonych zamówień, nie jest to jednak czynność zamawiającego i nie podlega zaskarżeniu, a w konsekwencji kognicji Izby. Z protokołu nr 48/15 wynika, że wykonawca zamawiający i inwestor zastępczy podjęli w dniu 2 marca 2015r. decyzję o pozytywnym odbiorze bez zastrzeżeń dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych, przy czym przedmiot odbioru pozostaje pod nadzorem wykonawcy do czasu przejścia obiektu protokołem odbioru końcowego.

Z zestawienia wielkości i wartości wykonanych robót/dokumentacji stanowiącego załącznik do wyżej omówionego protokołu wynika, że wszystkie wskazane roboty/dokumentacja, w tym systemy całoliniowe oraz rozruch i odbiór końcowy zostały ocenione jako zaawansowane na poziomie 100%, z tego zestawienia wynika, że wykonawcy nie potrącono, ani nie zatrzymano jakichkolwiek kwot.

Z dokumentów finansowych zleceń nr 049773140/00000 i 049921038/00000 wynika, że zamawiający zwrócił wykonawcy kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w dwóch transzach tj. 98 494 783,90zł. w dniu 24 lipca 2015r. oraz w kwocie 74 710 562,92 zł. w dacie 29 lipca 2015r.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy w pierwszej kolejności ustaliła, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146), albowiem zostało wszczęte przez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w dniu 18 października 2015r. W

świecie tego ustalenia stan prawny, któremu podlegać będzie ocena stanu faktycznego musi być oparty o art. 8 ust. 1 – 3 ustawy o następującej treści:

„Art. 8. 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.”

Izba oceniła, że Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy miał zawierać terminy wykonania elementów węzłowych dokumentacji projektowej i robót (a więc w tym zakresie

75

Izba nie dała wiary stanowisku odwołującego Acciona, że na podstawie tego Harmonogramu nie było możliwe ustalenie, kiedy roboty zostaną wykonane), harmonogram miał obejmować wszystkie koszty podzielone pomiędzy poszczególne elementy harmonogramu, zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców wskazywał, w jakich pozycjach powinny być ujęte konkretne koszty, zamawiający nakazywał ująć koszty w ujęciu miesięcznym. Zamawiający mimo szczegółowych zapytań o konsekwencje złożenia harmonogramu niewiarygodnego kosztowo czy organizacyjnie, a także o możliwość zmiany koncepcji przyjętej na potrzeby Wstępnego Harmonogramu wskazywał na pomocniczy i informacyjny charakter tego dokumentu, oraz zastrzegał sobie możliwość zmian szczegółowego harmonogramu w zależności od posiadanych środków pieniężnych. Zamawiający przy pytaniu o możliwość zmiany koncepcji odpowiedział, że w uzgodnieniu z nim wykonawca jest obowiązany uszczegółowić dane z Wstępnego Harmonogramu w Szczegółowym Harmonogramie. Co do etapowania podnoszonego przez przystępującego Astaldi i Konsorcjum Vianini, to z literalnego brzmienia pkt. 1.23 OWU wynika, że etapowanie dotyczy etapu sporządzania Szczegółowego Harmonogramu. Dokonując oceny zgromadzonego materiału dowodowego

w celu ustalenia tego, czy Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy może zawierać informacje o charakterze technologicznym lub organizacyjnym, Izba uznała, że po pierwsze z wyjaśnień zamawiającego do treści siwz wynika, że Szczegółowy Harmonogram miał być uszczegółowieniem Harmonogramu Wstępnego i zmiany tego ostatniego z woli zamawiającego mogą dotyczyć takich zmian, które uwzględniają posiadane przez zamawiającego środki pieniężne. Ze składanych zapytań wprost w ocenie Izby wynika, że wykonawcy uważali, że Wstępny Harmonogram będzie sporządzany w oparciu o jakąś koncepcję realizacji zamówienia danego wykonawcy, która to koncepcja w przypadku jej zmiany może powodować zmianę wstępnego harmonogramu. W ocenie Izby z zadawanych pytań wynika, że sami wykonawcy uznawali, że Wstępny Harmonogram będzie odzwierciedlał ich koncepcję, co do realizacji przedmiotu zamówienia jak i terminów wykonania, która będzie podlegała uszczegółowieniom w Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Również wykonawcy zadając pytania uznawali za wiążącą informację co do proponowanych przez siebie terminów realizacji poszczególnych elementów, skoro chcieli zagwarantować sobie możliwość ich zmiany w przypadku zmian w zakładanym terminie przekazania placu budowy, czy występowaniu nieprzewidzianych kolizji podziemnych. W świetle zadawanych pytań, a także pkt. 1.22 i 1.23 OWU Izba doszła do przekonania, że Wstępny Harmonogram Rzeczowo-Finansowy mógł odzwierciedlać koncepcję wykonania robót przyjętą przez danego wykonawcę przejawiającą się przede wszystkim w kolejności wykonywania poszczególnych robót, pokazując moment wykonania poszczególnych elementów wykonania dokumentacji czy robót budowlanych. W konsekwencji Izba dała wiarę wyjaśnieniom Astaldi i Vianini, że przedstawione przez nich

76

Wstępne Harmonogramy pokazują koncepcję wykonania robót przez pokazanie, kiedy i jakie roboty będą wykonywane, co może wskazywać na przyjętą koncepcję organizacji robót czy przyjętą technologię realizacji przedmiotu zamówienia przez pokazanie sekwencyjności robót. Wskazane przez przystępującego Astaldi poz. 6.3.1, 6.3.2 i 6.3.1a i 6.3.2a pokazuje, że nie żaden z wykonawców nie wypełnił w sposób identyczny Wstępnego harmonogramu, inne są tak podane wartości wykonanych robót, ich kolejność, istnienie przerw w trakcie realizacji danych prac, co dodatkowo pokazuje, że nie zasługują na wiarę twierdzenia odwołującego Acciona, że skoro zamawiający narzucił co w danej pozycji powinno być skalkulowane, to narzucił również kiedy i nie dopuścił przyjęcia określonych technologii własnych, w miejscach, gdzie dokumentacja projektowa i PFU nie zawierały określonych rozwiązań. Ponadto Izba wzięła pod uwagę podnoszony przez obie strony fakt konieczności optymalizacji tej dokumentacji projektowej, a więc w ocenie Izby wykonawca może założyć pewne optymalizujące odstępstwa od przyjętej koncepcji, w tej sytuacji w ocenie Izby brak było podstaw do dania wiary odwołującemu, że Wstępny Harmonogram to jedynie kalkulacja ceny poszczególnych elementów robót składających się na przedmiot zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach Astaldi i Konsorcjum Vianini.

Izba oceniając materiał dowodowy zgromadzony w zakresie relacji zaoferowanej przez wykonawców Astaldi, Konsorcjum Vianini i Gulermak ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że zgodnie z twierdzeniami stron i uczestników postępowania w przedmiotowej oraz ustaleniami, co do tego jakie przepisy ustawy mają zastosowanie w niniejszej sprawie do oceny ustalonego stanu faktycznego zastosowanie mieć będzie art. 90 ust. 1 – 4 ustawy w następującym brzmieniu: Art. 90. 1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

W świetle tegoż przepisu punktem wyjścia do oceny czy zamawiający jest obowiązany ustalać czy cena oferty zawiera rażąco niską cenę jest przedmiot zamówienia. Oceniając przedłożony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarówno z ogłoszenia o zamówieniu, jak i protokołu postępowania ZP-1 wynika, że zamawiający w zakresie obu części postępowania przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. W ocenie Izby odnoszenie przez odwołujących Acciona i Konsorcjum Torpol cena zaoferowanych przez Astaldi, Vianini i Guleramk wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia bez analizy innych okoliczności mających wpływ na ustalenie wartości przedmiotu zamówienia nie jest prawidłowe i nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia istnienia po stronie zamawiającego obowiązku ustalenia czy zaoferowane ceny są cenami rażąco niskim w stosunku do przedmiotu zamówienia oparte o wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT. W szczególności ustalenie wartości szacunkowej nastąpiło na ponad rok przed upływem terminu składania ofert tj. 31 lipca 2014r. i może nie odzwierciedlać stanu rynku w dacie składania ofert. Nadto ustawodawca w stanie prawnym obowiązującym na gruncie niniejszego postępowania nie zawęził przedmiotu zamówienia ani do wartości zamówienia, ani do średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym Izba wzięła pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia wynikającą z cen innych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. W tym zakresie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że w niniejszym postępowaniu w obu zadaniach zaoferowane ceny wykazały następującą prawidłowość: grupy 3 – 4 oferty wykazują stosunkowo niewielkie różnice między sobą i jedna z ofert w każdym zadaniu wykracza znacząco ponad możliwości finansowe zamawiającego. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy jest wiarygodny i kompletny oraz pozwala na ustalenie, że zaoferowane przez wykonawców Astaldi, Konsorcjum Vianini i Guleramk oferty nie odbiegały od przedmiotu zamówienia wycenionego przez pozostałych wykonawców mieszczących się w możliwościach finansowych zamawiającego, w taki sposób, aby zamawiający zobowiązany był podjąć ustalenie czy ceny ofert są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Są to różnice rzędu maksymalnie 24% (Dogus w stosunku do Gulermak) i niecałych 20% (Astaldi w stosunku do Acciona). Odwołujący Konsorcjum Torpol i odwołujący Acciona nie podnieśli argumentacji wskazującej na to, że wyżej ustalone różnice są rażące i uzasadniały wszczęcie postępowania wyjaśniającego. W ocenie Izby za mało wiarygodne należy ocenić twierdzenia

odwołującego Konsorcjum Torpol, który jest droższy od Gulermak o niecałe 10%, przy czym uważa, że jego cena jest obliczona rzetelnie, a cena przystępującego Gulermak nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Tym samym Izba opierając się o zgromadzony materiał dowodowy dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępujących Gulermak, Astaldi i Konsorcjum Vianini, że ceny ofert tych wykonawców nie dawały podstaw do ustalenia, że są rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba oceniając materiał dowodowy dotyczący zdolności finansowej Konsorcjum Torpol wzięła pod uwagę następujące dowody odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców do treści siwz nr 1134, 1135, 1136, gdzie wykonawca prosił o potwierdzenie, że w celu wykazania posiadania wymaganej zdolności kredytowej wykonawca może legitymować się informacjami wielu banków, z którymi ma zawarte stosowne umowy kredytu.", zamawiający odpowiedział, że wykonawca może przedłożyć, na podstawie pkt. 5.3.4.ppkt 3)b) siwz, informacje kilku banków lub spółdzielczych kas oszczędnościowo - kredytowych potwierdzających, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa Wykonawcy są nie mniejsze od 150 mln. zł. W ocenie Izby to z jakich banków Konsorcjum Torpol posiadało informacje, jaką zdolność kredytową i posiadane środki te opinie

stwierdzały, to, że dotyczyły lider Konsorcjum czyli firmy Torpol oraz w jakich datach zostały wystawione nie było sporne pomiędzy stronami. Kwestią sporną było natomiast to, czy jeden wykonawca mógł się posłużyć kilkoma informacjami bankowymi co do posiadanych środków czy zdolności finansowej i czy zamawiający mógł tę zdolność zsumować. Izba oceniając materiał dowodowy uznała, że ocena prawna zaistniałej sytuacji musi być dokonywana przez pryzmat udzielonego przez zamawiającego wyjaśnienia treści siwz wskazanego powyżej, z którego w sposób jednoznaczny w ocenie Izby wynika, że wykonawca może przedłożyć informacje kilku banków lub spółdzielczych kas oszczędnościowo - kredytowych potwierdzających, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy są nie mniejsze od 150 mln. zł. Zamawiający jednocześnie nie zawarł jakichkolwiek wyjaśnień jak w takiej sytuacji będzie badał zdolność finansową, a w szczególności, że nie będzie sumował podanych przez różne banki wartości zdolności kredytowych, a zatem wywołał u wykonawców przekonanie, że skoro przedkładać wolno informacje z kilku banków, to przedstawiona w taki sposób zdolność kredytowa ma wynikać ze wszystkich przedstawionych informacji i być łącznie nie mniejsza niż 150 mln zł. W ocenie Izby powyższe wyjaśnienie potwierdza stanowisko zamawiającego wyrażone na rozprawie, że jest on przekonany w świetle stanowiska orzecznictwa, że sumowanie jest dopuszczalne. Skoro takie było przekonanie zamawiającego i skoro tak nakazał wykonawcom rozumieć treść siwz, to nie można w ocenie Izby uznać, że wykonawca, który zastosował się do

79

dyspozycji zamawiającego, może być następnie przez tego zamawiającego negatywnie oceniony. Taka sytuacja prowadziłaby bowiem do zmiany ustalonej treści siwz po upływie terminu składania ofert.

Izba oceniając materiał dowodowy dotyczący oferty Gulermak w zakresie wykazania w ofercie, że pełnomocnik wykonawcy Gulermak jest prawidłowo umocowany do złożenia oferty w imieniu wykonawcy, ustaliła, że sporna treść tłumaczenia art. 3 lit. a regulaminu wewnętrznego Gulermak załączonego do oferty brzmi „Do udzielania pełnomocnictwa dotyczącego działalności spółki uprawniony jest tylko zarząd spółki. Jeśli osoby, które otrzymały upoważnienie od zarządu w tym regulaminie nie są wymienione we wzorze podpisów, nie można poprzez sporządzenie pełnomocnictwa tych zadań przekazać żadnej osobie ani ze spółki, ani też spoza niej”. W ocenie Izby bezsporne jest, że panowie Kemal Tahir Guleryuz i Necdet Demir są odpowiednio Prezesem i Wiceprezesem Zarządu firmy Gulermak, odwołujący tej okoliczności nie kwestionował, taka informacja wynika także z przedłożonego przez odwołującego Inżyniera odpisu pełnego z KRS dla Oddziału Gulermak w Polsce. Bezsporne jest, że Panowie Kemal Tahir Guleryuz i Necdet Demir są ujawnieni w Rejestrze Handlowym w Ankarze we wzorze podpisów z dnia 12 lutego 2015r. w grupie A, również bezsporne jest to, że pan Mustafa Tuncer w tym wzorze ujawniony nie jest. Sporne jest to czy z brzmienia tłumaczenia art. 3 lit. a regulaminu wewnętrznego Gulermak wynika, że to zarząd nie może przekazać zadań osobie nieujawnionej we wzorze podpisów, czy też ta osoba nie może uzyskanych od zarządu uprawnień przekazać innej osobie ze spółki lub spoza niej. W ocenie Izby należy dać wiarę wyjaśnieniom przystępującego Gulermak, że zarząd może przekazać swoje uprawnienia dowolnej osobie, w tym nie wymienionej we wzorze podpisów, gdyż zdanie drugie art. 3 lit. a mimo składni nie odpowiadającej składni języka polskiego wyraźnie odnosi się do sytuacji, w której zarząd zdecydował się w tym regulaminie upoważnić inną osobę,

świadczy o tym użyte sformułowanie „Jeśli osoby, które otrzymały upoważnienie od zarządu w tym Regulaminie”. Oznacza to w ocenie Izby, że osoby te mają już upoważnienie zarządu do działania imieniu spółki oparte o upoważnienie zawarte w Regulaminie wewnętrznym wynikające z uchwały Zarządu podjętej w świetle art. 16 Regulaminu, zatem przekazanie tych zadań, to przekazanie zadań w ramach udzielonego upoważnienia i tych właśnie zadań objętych pełnomocnictwem zarządu nie można przekazać dalej innej osobie ze spółki ani osobie spoza niej, jeśli osoba upoważniona nie jest ujawniona we wzorze podpisów. Izba dokonała tego ustalenia opierając się na dalszych przepisach tegoż regulaminu. Gdyby bowiem przyjąć, że każdy pełnomocnik dla ważności swego pełnomocnictwa musi być ujawniony we wzorze podpisów, to zawarcie w art. 17 uprawnień osób należących do grupy A upoważnienia do udzielania osobom trzecim pełnomocnictw oraz ich cofania wymagałoby każdorazowo ujawnienia we wzorze podpisów, nadto

80

uprawnienie do udzielania pełnomocnictw w zakresie działalności spółki jest wyłącznym uprawnieniem zarządu i udzielone pełnomocnictwo nie musi mieścić się w granicach upoważnienia wynikającego z Regulaminu (art. 17 Regulaminu), a zatem nie mieści się w treści zdania 2 art. 3 lit. a. Dalej art. 11 regulaminu stanowi, że określenie zakresu uprawnień, obowiązków i odpowiedzialności oraz realizacji zadań odbywa się zgodnie z postanowieniami Tureckiego Kodeksu handlowego (ustawa numer 6102), niniejszego Regulaminu oraz postanowieniami innych właściwych przepisów. W ramach obowiązujących przepisów Zarząd może wyznaczyć inne obowiązki niż wymienione w Regulaminie. Zasadą jest realizacja prac oparta na regulacji, która zapewnia nałożenie na pracowników każdego szczebla określonych obowiązków. Nadzór i kontrola poszczególnych działań nie zwalniają pracowników z odpowiedzialności. Obowiązki, uprawnienia i funkcje każdego pracownika zostały określone w Załączniku nr 1 do Regulaminu i art. 12. We wzorze podpisów publikowane są uprawnienia poszczególnych grup osób, oraz przedmiot tych uprawnień. Wzór jest przekazywany do właściwych władz. Na podstawie podejmowanej przez Zarząd uchwały wzór podpisów jest corocznie sporządzany. Tym samym traci ważność wzór podpisów sporządzony w poprzednim roku. Art. 16 Regulaminu wskazuje, że uprawnienia do składania podpisu zostały sformułowane dla trzech grup uprawnień: Grupy A, B, C. Uprawnienia do składania podpisu osób należących do grupy uprawnień A dotyczą wyłącznie członków Zarządu. Zarząd podejmuje uchwałę, które osoby otrzymują uprawnienia kwalifikowane do grupy B i C. Z załącznika nr 1 do tej uchwały wynika, że określa on zakres obowiązków dyrektorów i pracowników działów. Z powyższych postanowień w ocenie Izby wynika, że osób, którym Zarząd regulaminem wewnętrznym nie nadał upoważnień nie dotyczy art. 3 lit. a tegoż regulaminu, gdyż takie osoby działają wyłącznie o pełnomocnictwo zarządu i w jego zakresie. Przyjęcie tezy przeciwnej powodowałoby pominięcie sformułowania z art. 3 lit. a Regulaminu „osoby, które otrzymały upoważnienie od zarządu w tym regulaminie” i pozostawałoby w sprzeczności z uprawnieniem zarządu do dokonywania czynności prawnych i dyspozytywnych dotyczących przedmiotu działalności spółki, aczkolwiek nie zostały one wymienione w art. 17 regulaminu. Należy też zauważyć, że osoby uprawnione należące do grupy uprawnień A są uprawnione do reprezentacji i zarządzania spółką we wszelkich czynnościach, w tym nie wynikających z Regulaminu. Pan Mustafa Tuncer nie był upoważniony przez Zarząd na podstawie Regulaminu, bo wówczas zarząd w myśl art. 16 Regulaminu podejmowałby uchwałę, co w niniejszym stanie faktycznym nie miało miejsca, co także potwierdza, że do tej osoby nie ma zastosowania art. 3 lit. a Regulaminu. Ponadto sformułowanie „nie można poprzez sporządzenie pełnomocnictwa tych zadań przekazać żadnej osobie ani ze spółki, ani też spoza niej” dotyczy osób upoważnionych w regulaminie, to one nie mogą sporządzić pełnomocnictwa, w którym przekażą swoje upoważnienie regulaminowe innemu pracownikowi spółki lub osobie spoza

spółki. W ocenie Izby to ograniczenie nie dotyczy pełnomocnictw udzielanych przez zarząd, ale ewentualnych dalszych pełnomocnictw udzielanych przez osoby upoważnione przez zarząd w regulaminie, których jednak uprawnienia nie zostały ujawnione we wzorze podpisów. Nawet zatem gdyby przyjąć, że Mustafa Tuncer jest osobą upoważnioną przez zarząd w Regulaminie, której upoważnienie nie zostało ujawnione we wzorze podpisów, to nie wyklucza to skutecznego działania Mustafy Tuncera w imieniu spółki Gulermak, w oparciu o posiadane pełnomocnictwo, może jedynie czynić bezskutecznym pełnomocnictwa dalsze udzielone przez Mustafę Tuncera do działania w imieniu spółki. Tym samym Izba ustaliła, że w świetle dokumentów załączonych do oferty Mustafa Tuncer był osobą upoważnioną do podpisania oferty i poświadczenia jej załączników. Izba w tym zakresie dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego Gulermak, zwłaszcza, że dodatkowo wyjaśnienia te zostały oparte o złożone tłumaczenie przysięgłe dokumentów stanowiących podstawę umocowania, które wprost potwierdziły, że pierwotne tłumaczenie wskazywało na zakaz udzielania dalszych pełnomocnictw przez osoby, których uprawnienie uzyskane od zarządu w oparciu o Regulamin wewnętrzny nie wynikało z wzoru podpisów. Izba ustaliła także, że z dokumentów załączonych do oferty Gulermak wynika jednoznacznie, że członkami zarządu są wyłącznie dwie osoby wskazane wyżej. Wynikało to wprost z wzoru podpisów z 12 lutego 2015r. Dodatkowo przystępujący Gulermak wykazał, że powołanie Kemal Tahir Guler i Necdet Demir nastąpiło uchwałą zarządu z dnia 10 września 2015r., co zostało odzwierciedlone w Rejestrze Handlowym w Ankarze, gdzie w dniu 17 września

2013r. zatwierdzono m.in., że nastąpił wybór tych osób na członków zarządu na okres 3 lat. Z treści tej uchwały wynika, że członkom zarządu spółki przyznano prawo pierwszego stopnia reprezentacji, a w dalszej kolejności przy wskazywaniu przedmiotowego zakresu uprawnień pierwszego stopnia wymienieni są wyłącznie wskazani wyżej dwaj Panowie. W ocenie Izby zgromadzony materiał jednoznacznie wskazuje na to, że na datę składania ofert było tylko dwóch członków zarządu spółki Gulermak i dla nich zostały przedstawione zaświadczenia o niekaralności. W dacie badania i oceny ofert zamawiający nie dysponował odpisem z KRS oddziału Gulermak. Z odpisu pełnego wynika, że ostatnia zmiana w zakresie Działu 2 rubryki 1 miała miejsce w 2011r., a więc przed podjęciem uchwały z 10 września 2013r., natomiast późniejsze zmiany ujawnione w KRS dotyczyły ujawnienia sprawozdań finansowych oraz siedziby zakładu głównego przedsiębiorcy zagranicznego i przedmiotu działalności, co w ocenie Izby nie stanowi wystarczającego dowodu dla przyjęcia, że w dacie składania ofert w skład zarządu spółki Gulermak wchodziło więcej osób niż Kemal Tahir Guleryuz i Necdet Demir.

Izba dokonując ustaleń stanu faktycznego przyjęła za wiarygodne oświadczenie zamawiającego, że zamawiający nie badał poz. 2 wykazu wykonanych robót wykonawcy Gulermak, sam przystępujący stwierdził, że było to doświadczenie dodatkowe. W tym stanie

82

rzeczy Izba uznała za konieczne dokonanie ustalenia, czy badanie przez zamawiającego poz. 1 wykazu było prawidłowe w świetle opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt. 5.3.2. siwz. Izba uznała, że pomiędzy stronami sporne jest, czy robota wykazana w poz. 1 wykazu została ukończona oraz czy została wykonana należycie. Odwołujący twierdzi, że na pewno do dnia 30 września 2015r. nie wykonano wszystkich robót, bo wynika to z protokołu ze spotkania w sprawie sprawdzenia usunięcia wad nieistotnych stwierdzonych w Protokole Odbioru Końcowego Centralnego Odcinka II Linii Metra w Warszawie z dnia 26 czerwca 2015r., jak również z wyjaśnień wykonawcy z dnia 7 października 2015r. Natomiast zamawiający stoi na stanowisku, że skoro wystawił protokół odbioru końcowego w dniu 26 czerwca 2015r. to robota została wykonana, a wady nieistotne są usuwane w ramach 36 miesięcznego okresu rękojmi i gwarancji. Tezę tę poparł przystępujący Gulermak wskazując dodatkowo, że otrzymał pełne wynagrodzenie za wykonane przez siebie roboty co wynika z zestawienia wielkości i wartości wykonanych robót, że zwrócono mu w dniach 24 i 29 lipca 2015r. zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a więc po 30 dniach od wystawienia protokołu odbioru końcowego, jak również, że zamawiający pozytywnie oceniał złożoną przez niego dokumentację i wykonane roboty, bo wynika to z protokołu nr 48/15 z 2 marca 2015 r.

Izba dała wiarę twierdzeniom zamawiającego i przystępującego Gulermak. Za dowód rozstrzygający Izba uznała treść OWU łączącego zamawiającego i wykonawcę. Zgodnie z pkt. 1.44 OWU odbiór końcowy przedmiotu zamówienia, to odbiór dokonany w formie protokołu odbioru końcowego uzgodnionego pomiędzy stronami umowy, polegający na uznaniu, iż wykonawca wykonał przedmiot zamówienia, zgodnie z postanowieniami umowy. W myśl pkt. 10.4. siwz tylko wady istotne stanowią prawo zamawiającego do odmowy dokonania odbioru, a contrario wady nieistotne nie dają zamawiającemu prawa, aby odmówić dokonania odbioru przedmiotu zamówienia. Tym samym, w ocenie Izby skoro został wystawiony protokół odbioru końcowego, to z definicji umownej tego pojęcia należało przyjąć, że wykonawca wykonał przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy. Taki protokół, co jest bezsporne został wystawiony przez zamawiającego w dniu 26 czerwca 2015r. Z protokołu odbioru końcowego centralnego odcinka II linii metra w Warszawie z dnia 26 czerwca 2015r. wynika, że zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia nastąpiło w dniu 30.09.2014r. zaś ostatni zapis dziennika budowy stacji „Centrum Nauki Kopernik” został dokonany w dniu 3 października 2014r. Stwierdzone nieistotne wady, które mogą być usunięte przez wykonawcę po odbiorze końcowym zostały wyszczególnione w protokołach odbiorów częściowych. Wykonawca zobowiązał się do ich usunięcia do dnia 30 września 2015r. Jakość wykonanych robót i użytych materiałów oceniono jako dostateczną. Nie zmniejszono wynagrodzenia z tytułu wad. Zatem z tego dokumentu wynika, że zamawiający

83

dokonał pozytywnej oceny jakości wykonanych robót i użytych materiałów, gdyż

„dostateczny” to synonim słowa „zadowolający”, „wystarczający”. Tym samym wbrew twierdzeniom odwołującego Konsorcjum Torpol protokół odbioru końcowego zawierał pozytywną ocenę zamawiającego dla robót wykonanych przez m. in. Gulermak. Zatem skoro z warunków umownych wynikało, że wady nieistotne nie stanowią przeszkody do odbioru, a odbiór nastąpił z oceną pozytywną przed terminem składania ofert, to Izba ustaliła, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że roboty zostały zakończone przed terminem składania ofert i zostały wykonane należyście. Pozytywną ocenę i fakt zakończenia robót potwierdzają także dokumenty złożone przez przystępującego Gulermak w szczególności protokół nr 48/15 i dowody świadczące o zwrocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. O należyтым wykonaniu zamówienia świadczy także tak zestawienie wielkości i wartości do protokołu nr 48/15 jak i protokół odbioru końcowego, które wskazują, że wykonawcy nie potrącono, ani nie zatrzymano wynagrodzenia, jak również nie naliczono kar umownych, które przecież nalicza się w myśl art. 483 par. 1 kc z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego.

Okoliczność usuwania wad nieistotnych po dacie wystawienia protokołu końcowego jak również po dacie składania ofert nie była sporna pomiędzy stronami. Sporna była jedynie ocena tej czynności w świetle zakończenia robót oraz oceny ich należytego wykonania. W tym zakresie Izba dokonała analizy zgromadzonego materiału i doszła do przekonania, że zawarta pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą umowa definiowała kiedy dochodzi do zakończenia wykonania robót, oraz jakie uprawnienia zamawiającemu przysługują w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych. Odwołujący Konsorcjum Torpol wskazywał, że wady nieistotne, które ujawniły się w protokołach częściowych i końcowym nie mogą być usuwane w ramach rękojmi, gdyż nie są to wady ukryte, które ujawniły się po przejściu niebezpieczeństwa na zamawiającego. W ocenie Izby ten pogląd nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach Kodeksu cywilnego, gdyż z art. 563 par. 1 kc stosowanym odpowiednio do robót budowlanych z uwagi na treść art. 656 par. 1 w związku z art. 638 par. 1 kc który stanowi, że przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później – jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu. Co do wad nieistotnych, to art. 560 § 4 kc stanowi, że kupujący nie może odstąpić od umowy, jeżeli wada jest nieistotna. I wreszcie przepisy o rękojmi za wady nie mają charakteru norm *ius cogens*, gdyż z art. 558 § 1 kc wynika, że strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. W świetle powyższego również z uwagi na ustalony stan prawny, Izba uznała, że za wiarygodne należy

uznać twierdzenie zamawiającego, że usuwanie wad nieistotnych wymienionych tak w protokole odbioru końcowego jak i w protokole ze spotkania (...) z dnia 1 października 2015r. następowało po zakończeniu robót i w ramach rękojmi i gwarancji.

Wobec ustalenia, że zgromadzony materiał dowodowy daje podstawy do przyjęcia, że poz. 1 wykazu została wykonana przed upływem terminu składania ofert i w sposób należyty, to dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie miał znaczenia materiał dowodowy związany z poz. 2 wykazu robót.

Izba oceniła, że Konsorcjum Inżynieria konsekwentnie od chwili złożenia oferty stało na stanowisku, że podmiot z zasobów którego korzysta nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wynika to z formularza ofertowego, gdzie wykonawca skreślił „będziemy korzystać z zasobów innych podmiotów przy realizacji zamówienia w zakresie”. Konsekwentnie to stanowisko podtrzymywał tak w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach, jak i w odwołaniu oraz na rozprawie. W ocenie Izby udział w realizacji zamówienia w rozumieniu wykonywania części zamówienia nie wynikał także ze złożonego zobowiązania, które wskazywało, że udział ten będzie polegał na oddelegowaniu pracownika. Z wezwania wystosowanego do odwołującego Inżynieria przez zamawiającego z dnia 21 września 2015r. wynika, że zamawiający oczekiwał uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotu udostępniającego zasoby oraz wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy formularzem ofertowym, a dokumentami załączonymi do oferty – zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Z uzasadnienia faktycznego wynika, że wykluczenie odwołującego Inżynieria nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu nie złożenia na

wezwanie zamawiającego dokumentów podmiotowych podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający stwierdził, że w świetle utrwalonej linii orzecznictwa KIO doświadczenia nie można przekazać bez udziału w realizacji zamówienia podmiotu przekazującego takie zasoby i w konsekwencji wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W świetle tych okoliczności z czynności zamawiającego wynika, że odwołujący Inżynieria nie był wzywany do uzupełnienia wykazu robót, a jedynie do uzupełnienia dokumentów podmiotu udostępniającego zasoby i to w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości co do udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Materiału dowodowego dotyczącego Konsorcjum Vianini wynika, że poświadczenie potwierdzało, że roboty na odcinkach, które wykonawca powołał w wykazie zostały prawidłowo ukończone najpóźniej na dzień 11 maja 2015r. tj. z datą odbioru drugiego z odcinków. Brak jest natomiast informacji, dlaczego ukończenie robót zostało określone datą 31.12.2015r. oraz z czego wynika stopień zaawansowania robót podany w oświadczeniu.

Izba zważyła, co następuje:

85

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem, któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 2442/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „uznk” oraz art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie uchylecia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowę udostępnienia informacji zawartych w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym (WHRF) złożonym w ofertach wykonawców Astaldi oraz Konsorcjum Vianini przez błędne uznanie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnień wykonawców w tym zakresie i utrzymanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, a także ograniczenie praw wykonawców wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do bezzasadnie utajnionego dokumentu stanowiącego treść oferty.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy w brzmieniu mającym zastosowanie w niniejszym postępowaniu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast art. 8 ust. 3 ustawy zakazuje zamawiającemu ujawniać informacje stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio. Przepis art. 96 ust. 3 ustawy stanowi,

że

3. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47 poz. 211 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje

86

techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Pomiędzy stronami stan prawny nie był sporny, natomiast sporna

była ocena czy informacje zawarte we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym są informacjami o charakterze technologicznym lub organizacyjnym mającym wartość gospodarczą. Sporne było również to czy wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Vianini pomimo ich lakonicznego ujęcia mogą stanowić podstawę do przyjęcia przez

wykazał, niego zamawiającego, że wykonawca że zastrzeżony przez Wstępny Harmonogram zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Izba wzięła pod uwagę, że definicja językowa spornych słów to technologia - metoda przeprowadzania procesu produkcyjnego lub przetwórczego, zaś organizacja sposób zorganizowania czegoś. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego w szczególności z pytań zadawanych zamawiającemu wykonawcy wskazywali na konieczność przełożenia na treść Wstępnego Harmonogramu przyjętej przez nich koncepcji. W ocenie Izby koncepcja to właśnie technologia, czyli jak wykonawca zamierza przeprowadzić proces realizacji optymalizacji projektów budowlanych i realizację na ich podstawie robót budowlanych. Istotne jest również to, że wykonawcy wskazywali w pytaniach, że w przypadku konieczności zmiany koncepcji pomiędzy otwarciem ofert, a zawarciem umowy może zaistnieć potrzeba zmiany Harmonogramu, w tym Szczegółowego, a skoro tak, to informacje o technologii muszą być zawarte w harmonogramie. Gdyby bowiem był to jedynie zbiór informacji o płatnościach, to przy zmianie koncepcji płatności mogłyby pozostać niezmienione. Z tego względu Izba oceniła wyjaśnienia wykonawcy Astaldi jako wskazujące na to, że zastrzeżone informacje mają charakter technologiczny za wiarygodne. Wykonawca w wyjaśnieniach wykazał także, że informacje te mają wartość gospodarczą oraz podjął czynności w celu zachowania ich w poufności, czym w ocenie Izby, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego wykazał skuteczność zastrzeżonej informacji, a w konsekwencji zamawiający prawidłowo zastosował normę art. 8 ust. 3 ustawy odmawiający pozostałym wykonawcom dostępu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Astaldi. Co do Konsorcjum Vianini, to Izba uznała, że wiarygodne są wyjaśnienia tego wykonawcy, co do tego, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter organizacyjny, który na rozprawie wykonawca utożsamiał z etapowaniem. W ocenie Izby określenie etapów nie było wprawdzie wymagane na etapie opracowywania Wstępnego Harmonogramu, ale nie było także przeszkody, aby wykonawca takie etapowanie założył. Również w tym przypadku Izba uznała, że dla oceny charakteru informacji istotne znaczenie ma to, jak sami wykonawcy postrzegali Wstępny Harmonogram na etapie przygotowywania ofert. Także w tym przypadku pytania wykonawców wskazując, że realizacja określonych robót w danym czasie będzie wynikać ze Wstępnego Harmonogramu i wykonawca jest to zobowiązany opracować

87

i podać, a w szczególności z Harmonogramu miały wynikać terminy wykonania robót, a wykonawca dążyli do zagwarantowania sobie prawa do zmiany terminów podanych we Wstępnym Harmonogramie, w przypadku wystąpienia zdarzeń nieprzewidzianych. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że w ramach wstępnego Harmonogramu wykonawcy mieli podać w jakim czasie wykonają jakie roboty, a więc przedstawić proces zorganizowania robót. Tym samym informacje te miały charakter organizacyjny. Odwołujący Acciona kwestionował też sposób złożenia wyjaśnień wskazanych przez Konsorcjum Vianini, a w szczególności brak wykazania charakteru informacji i czynności podjętych w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby wyjaśnienia Konsorcjum Vianini choć rzeczywiście lakoniczne, to jednak odnosiły się do każdej z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk i należało je uznać za wystarczające na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy. Wyrażone przez Komisję przetargową w protokole nr 9 poglądy nie przesądzały o charakterze informacji zawartych w Harmonogramie, to mogła być ocena zamawiającego, którą powinien był zweryfikować wzywając wykonawców do wyjaśnień. Czynność ta w niniejszym postępowaniu miała miejsce, a ocena złożonych wyjaśnień, zdaniem Izby, była prawidłowa.

Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 8 ust. 2 i 3, art. 96 ust. 3 ustawy i art. 11 ust. 4 uznk.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie wezwania Astaldi i Konsorcjum Vianini do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do elementów cenotwórczych złożonych przez ofert na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy w celu ustalenia czy oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że ceny ofert obu wykonawców są znacząco niższe od ofert pozostałych wykonawców oraz budżetu zamawiającego;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustalając stan faktyczny ustaliła także brzmienie

art. 90 ust. 1 i 2, które ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, stąd nie widzi konieczności ponownego jego cytowania w tym miejscu. Izba stwierdziła, że na podstawie ustalonego stanu prawnego zamawiający nie miał przesłanek do podjęcia czynności w celu ustalenia, że ceny ofert Astaldi i Konsorcjum Vianini rażąco odbiegają od przedmiotu zamówienia. Izba ustaliła także różnice procentowe w stosunkach pomiędzy poszczególnymi ofertami, jak i w stosunku do średniej wszystkich złożonych ofert, w tym oferty, która była droższa niż przewidziany przez zamawiającego budżet na sfinansowanie zamówienia. W świetle tych ustaleń Izba doszła do przekazania, że obiektywnie nie powstają uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy zaoferowane ceny są nierealne, nie gwarantują należytego wykonania. W ocenie Izby odwołujący Acciona nawet nie podjął próby wykazania, że specyfika inwestycji liniowych wskazuje, że oferty w takich postępowaniach charakteryzują

88

się mniejszymi, niż w niniejszym postępowaniu różnicami w cenach. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Vianini z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.2 siwz, w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się wbrew wymogowi zamawiającego niezakończoną protokołem odbioru końcowego inwestycją, z zastrzeżeniem ewentualnego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W myśl art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień dotyczących złożonego przez Konsorcjum Vianini poświadczenia. Jak ustaliła Izba w stanie faktycznym z jednej strony z poświadczenia wynika, że zadania zostały prawidłowo ukończone, a poszczególne odcinki odebrane i oddane do eksploatacji, a z drugiej, że zakończenie prac nastąpi 31 grudnia 2015r. Bezsporne jest, że zamawiający wymagał, aby budowa zakończona była protokołem odbioru końcowego, w tej sytuacji, w ocenie Izby dla prawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający miał obowiązek zastosować przepis art. 26 ust. 4 ustawy. W tej sytuacji o ile zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy jest przedwczesny i przedwczesny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, to jednak badanie oferty konsorcjum Vianini nie zostało prawidłowo przeprowadzone, gdyż zamawiający nie zweryfikował spełniania wszystkich wymogów postawionych przez niego w warunku. Tym samym Izba uznała, że zamawiający uchybił treści art. 26 ust. 4 ustawy.

89

Biorąc jednak pod uwagę fakt, że zarzuty wobec oferty wybranej podniesione przez odwołującego Acciona nie potwierdziły się, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej był prawidłowy, to Izba uznała, że stwierdzone naruszenie nie może stać się podstawą uwzględnienia odwołania, gdyż nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego art. 26 ust. 3 ustawy z tą modyfikacją, że żądanie wezwania do uzupełnienia jest przedwczesne, natomiast uzasadnione jest stwierdzenie istnienia podstaw do żądania wyjaśnień.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Astaldi, pomimo że dokonanie wyboru oferty nastąpiło z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy
Zarzut nie potwierdził się. Zarzut ten oparty jest o zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz o nakaz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy. Biorąc pod uwagę fakt, że zarzut skierowane do zamawiającego w związku z badaniem i oceną oferty najkorzystniejszej nie potwierdziły się brak było również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.
Mając na uwadze powyższe odwołanie należało oddalić w całości na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 2443/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę GULERMAK, z uwagi na nie wykazanie przez tego wykonawcę braku podstaw wykluczenia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Odwołujący Konsorcjum Inżynieria zakwestionował zaświadczenie Dyrekcji Generalnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Republiki Turcji oraz zaświadczenie z Ministerstwa Finansów Dyrekcji Departamentu Przychodów Internetowego Urzędu Podatkowego w Turcji podnosząc, że nie stanowią one zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczeniem podatków opłat, lub składek wymaganego na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż zawierają

90

ograniczenie terytorialne tj. zaświadczały informacje dotyczące wyłącznie obszaru Republiki Tureckiej, a przystępujący Gulermak ma oddział w Polsce, który uzyskuje dochody i oblicza podatki, oraz wykazuje w sprawozdaniach finansowych należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Odwołujący uważa, że możliwe jest na gruncie prawa tureckiego uzyskanie zaświadczeń dotyczących niezalegania bez ograniczeń terytorialnych. Tezy tej jednak odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Nie przeprowadził w tym zakresie ani dowodu co do prawa tureckiego, ani nie uprawdopodobnił, że możliwe jest wystąpienie do organów władz tureckich o wystawienie oczekiwanego przez odwołującego Inżynieria zaświadczenia. Izba oceniła przedmiotowy zarzut jako gołosłowny. Natomiast w ocenie Izby przepis par. 4 ust. 1 pkt 1 lit a tiret 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) wskazuje wyraźnie, że wykonawca nie posiadający siedziby na terytorium Polski ma się wykazać dokumentami wydawanymi przez organy miejsca swojej siedziby i dokumenty te mają potwierdzać odpowiednio fakt niezalegania z daninami publicznoprawnymi. Użycie pojęcia odpowiednio oznacza, że jeśli w danym kraju nie prowadzi się rejestrów z których można pozyskać dane inne niż z terenu tego kraju, to dokumenty tak wystawione należy ocenić jako odpowiednie na gruncie ustawy Pzp. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że z Centralnego Rejestru Płatników w Polsce informacje w zakresie składek uzyska oddział, a nie przedsiębiorca zagraniczny, gdyż w tym zakresie posiada osobny od przedsiębiorcy zagranicznego NIP i jest traktowany jako płatnik nie posiadający osobowości prawnej. Natomiast w zakresie podatku CIT i VAT, to przedsiębiorca zagraniczny będzie podatnikiem, ale taki podatek też będzie odprowadzany w Polsce, natomiast nie ma dowodu na to, że organy właściwe kraju siedziby Gulermak posiadają dane dotyczące płatności danin publicznoprawnych z innych krajach dla swoich przedsiębiorców krajowych prowadzących jednocześnie działalność gospodarczą na terenie Turcji jak i innych krajów. Zamawiający zaś nie ma prawa w

światle

art. 25 ust. 1 ustawy w związku z art. 25 ust. 2 i par. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a żądać innych

dokumentów niż wynikające z rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wbrew stanowisku odwołującego taka interpretacja przepisów ustawy i aktu wykonawczego nie godzi w zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż w stosunku do wykonawcy mającego siedzibę w Polsce prawodawca wyraźnie odwołuje się do instytucji urzędów skarbowych, czy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych czy Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego podczas, gdy gromadzą one dane jedynie o zarejestrowanych u nich podatnikach czy płatnikach, a nie o wszelkich aktywnościach przedsiębiorców na terenie tak państw z krajów Unii Europejskiej, obszaru EWG, czy całego świata, zatem żądanie od podmiotów zagranicznych określonych dokumentów nie może być bardziej restrykcyjne niż od podmiotów krajowych. Mając na uwadze powyższe.

91

Izba uznała, że odwołujący Konsorcjum Inżynieria nie wykazał zasadności zarzutu, a w działaniu zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy. W dalszej kolejności odwołujący konsorcjum Inżynieria zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w oparciu o ustalenie przez siebie na podstawie KRS dla oddziału Gulermak, że skład zarządu tej firmy obejmuje więcej osób niż dwie, których zaświadczenia o niekaralności zostały złożone. Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy ustaliła, że w skład zarządu przystępującego Gulermak na dzień składania ofert wchodziły tylko dwie osoby, których zaświadczenia zostały złożone. W świetle takiego ustalenia brak było podstaw do uznania, że zamawiający zaniechał zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gulermak z uwagi na okoliczność, że została podpisana przez osobę wadliwie umocowaną co powoduje, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, czym naruszono art 7 ust. 1, art 89 ust 1 pkt. 2 i 8 ustawy w zw. z art. 104 kc; Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a także w przypadku, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jako podstawę nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów odwołujący Konsorcjum Inżynieria wskazał art. 104 kc, który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Izba w ramach ustaleń stanu faktycznego ustaliła, że Mustafa Tuncer była prawidłowo umocowanym do złożenia oferty pełnomocnikiem przystępującego Gulermak. W tym stanie rzeczy nie można było dopatrzeć się niezgodności treści złożonej oferty z wymaganiami siwz wynikającym z pkt 10. 5 siwz stanowiący, że wszystkie strony oferty wraz z załącznikami muszą być podpisane; za podpisanie uznaje się własnoręczny podpis z pieczęcią imienną przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentowania zgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy, właściwymi dla formy organizacyjnej wykonawcy lub przez ustanowionego pełnomocnika, oraz z pkt. 10.10 siwz, który wskazuje, że wraz z ofertą wykonawcy winni złożyć pełnomocnictwo do podpisania oferty o ile prawo do podpisania oferty nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą. Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie określać czynności, do wykonywania których pełnomocnik jest upoważniony. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią siwz, jak również nie ma podstaw do

92

uznania nieważności czynności złożenia oferty, skoro została ona złożona przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu i Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy, ani art. 7 ust. 1 ustawy.

Alternatywnie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie wezwania na wyjaśnienia treści złożonej oferty, wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania z

powodu okoliczności, o których mowa w punktach 2,3 i 4 zarzutów odwołania. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że Izba nie stwierdziła wadliwości lub braków w złożonej przez przystępującego Gulermak ofercie. Z tego względu nie było podstaw do wyjaśniania treści oferty czy treści złożonych dokumentów. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Torpol do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej koniecznej do realizacji zamówienia, zaś w przypadku nie uzupełnienia dokumentów, zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w trybie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy zaniechaniu czynności wezwania Konsorcjum Torpol do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej koniecznej do realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez wykluczenie odwołującego Inżyniera z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty mimo tego, że nie był zobowiązany do składania dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotu, na którego zasobach polega przy realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji części przedmiotowego zamówienia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Spór w niniejszym zarzucie jest sporem co do wykładni prawa tj. art. 26 ust. 2b w związku z art. 22 ust. 5 ustawy i par. 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w przedmiocie istnienia obowiązku lub jego braku wykazywania braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby w sytuacji, gdy udostępniany zasób dotyczy posiadania doświadczenia. W ocenie Izby dla oceny tego sporu obojętne jest, czy zamawiający był przekonany, że z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że podmiot udostępniający zasób odwołującemu Inżynierowi brał udział w realizacji zamówienia, skoro jak wynika ze stanowiska zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, zamawiający uważa, że przeniesienie zasobu doświadczenia musi zawsze

93

wiązać się z udziałem w realizacji zamówienia, czy czym udziałem tym nie musi być podwykonawstwo. Zamawiający przedstawił następującą interpretację par. 3 ust. 4 ustawy, że udział w realizacji zamówienia jest pojęciowo tożsamym z pojęciem udziału w realizacji części zamówienia, oraz, że udział w realizacji (części) zamówienia każdorazowo dotyczy potencjału doświadczenia, a może ale nie musi dotyczyć udostępnienia innych zasobów jak sprzęt, kadra, zasoby finansowe i ekonomiczne. Izba ustalając stan faktyczny w niniejszej sprawie oceniła, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego oraz konsekwentnego i spójnego stanowiska odwołującego Inżyniera zajętego na rozprawie podmiot udostępniający zasób nie miał zamiaru brać udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia w rozumieniu wykonywania części przedmiotu zamówienia, a zasób miał być udostępniony przez wydelegowanie kompetentnej osoby jako nośnika doświadczenia. Tym samym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy konieczne jest ustalenie, czy interpretacja dokonana przez zamawiającego jest prawidłowa, a w przypadku ustalenia, że nie jest prawidłowa, dokonania oceny czynności zamawiającego w świetle ewentualnego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W myśl art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Natomiast par. 3 ust. 4 rozporządzenia w

sprawie rodzajów dokumentów stanowi, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1–3.

Aktualne brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 zostało nadane przez ustawę z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. 2008r. nr 206 poz. 1591), która weszła w życie z dniem 22

94

grudnia 2009r., we wcześniejszej wersji zamawiający był obowiązany wykluczyć wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3. Tym samym przez 22 grudnia 2009r. podstawą wykluczenia mógł być fakt nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w obecnym stanie prawnym, zamawiający ma obowiązek w pierwszej kolejności zastosować treść art. 26 ust. 3 i 4 ustawy usuwając braki, wadliwość oraz wyjaśniając złożone dokumenty, a dopiero po zakończeniu procesu badania oferty pod kątem prawidłowości dokumentów, ma obowiązek ocenić czy wykonawca wykazał, czy też nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie zamawiający podstawą wykluczenia odwołującego Konsorcjum Inżynieria uczynił fakt, że wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, dla podmiotu udostępniającego zasoby, gdyż ocenił, że podmiot ten musi brać udział w realizacji części zamówienia. Takie ustalenie poczynił wbrew jednoznaczному stanowisku odwołującego, który twierdził, że podmiotu trzeci nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a wystarczające jest oddelegowanie pracownika tego podmiotu. Zamawiający poza odwołaniem się do bliżej niekonkretyzowanego stanowiska orzecznictwa nie podjął jakiegokolwiek próby ustalenia czy na gruncie przedmiotowego postępowania możliwa jest ocena takiego udostępnienia zasobu jako realnego i pozwalającego na przyjęcie, że odwołujący jest zdolny do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający tej okoliczności nie zbadał, ani nie dał wyrazu takiej ocenie w treści uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia. Nadto należy zauważyć, że nawet gdyby zamawiający rzeczywiście ocenił takie udostępnienie zasobu jako niegwarantujące w myśl art. 22 ust.5 ustawy należytego wykonania, to nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia wykazu, pomimo, że z takiej oceny musiałoby wynikać, że przedstawiony wykaz wykonanych robót zawiera braki. W konsekwencji Izba oceniła, że zamawiający w dacie wykluczenia nie sporządził uzasadnienia prawnego i faktycznego podstaw wykluczenia, które dawałyby mu podstawę do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, czym naruszył tak art. 24 ust. 2 pkt 4 jak i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, a także wykluczenie należało uznać za przedwczesne, gdyż zamawiający nie podając oceny realności udostępnienia zasobów nie zbadał treści wykazu wykonanych robót pod kątem jego ewentualnych braków i nie zastosował wobec odwołującego Konsorcjum Inżynieria art. 26 ust. 3 ustawy wzywającego do uzupełnienia wykazu w sposób prawidłowy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut potwierdził się, jednak uwzględnienie powyższego zarzutu nie mogło stać się podstawą do uwzględnienia odwołania, bo nie zmieniłoby to prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący złożył ofertę 3 pod względem ceny i przyjmując, że zadeklarowane 84 miesiące rękojmi uprawniałyby go do uzyskania 10 pkt., to jego oferta zostałaby sklasyfikowana na trzeciej

95

pozycji w rankingu ofert, po ofertach Gulermak i Konsorcjum Torpol, co do których zarzuty podniesione przez odwołującego Konsorcjum Inżynieria nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba oddaliła odwołanie zgodnie z treścią art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 2452/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Gulermak do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, pomimo, iż wykonawca nie

wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ewentualnie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Gulermak do wyjaśnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W myśl art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Natomiast przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazują, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia. Przepisy te oznaczają, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne dla należytego wykonania zamówienia, które w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określił zamawiający. W przypadku, gdy do oferty nie dołączono dokumentów dowodzących posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia lub złożone dokumenty zawierają błędy,

96

wówczas zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że wykonawca Gulermak nie był wzywany do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń dotyczących wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia. Izba w ramach ustaleń stanu faktycznego ustaliła, że materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że zamawiający prawidłowo ocenił, że robota wykonana na jego rzecz, która w poz. 1 wykazu wykonanych robót wskazał przystępujący Gulermak była ukończona prawidłowo i należyście wykonana. W świetle tych ustaleń Izba nie dopatrzyła się wad lub braków w złożonych dokumentach przystępującego, które uzasadniałyby wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie stwierdziła zatem zaniechania zamawiającego w tym zakresie. Izba wbrew stanowisku prywatnemu przystępującego Gulermak uważa, że posiada kognicję w zakresie badania oceny dokonywanej przez zamawiającego na podstawie dokumentów nie pochodzących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Taka kognicja wprost wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż aby ustalić rzeczywisty stan faktyczny Izba musi wziąć pod uwagę dokumenty niezgromadzone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale takie, które dowodzą istnienia rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym wynikającym z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu, a rzeczywistym stanem rzeczy, analogicznie dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym na kanwie art. 24 ust. 2a ustawy Izba, aby potwierdzić lub zaprzeczyć prawidłowości czynności zamawiającego jaką jest w tym przypadku wykluczenie wykonawcy z postępowaniu, musi poddać ocenie dokumentację wykonawczą innego zamówienia publicznego. Z tego względu Izba uważa, że ocena dokumentacji zamówienia publicznego realizowanego na rzecz zamawiającego w razie sporu, co do wykazania tak zakresu rzeczowego, prawidłowego ukończenia, należytego wykonania, czy wreszcie zgodności ze sztuką budowlaną w celu ustalenia czy zamawiający prawidłowo dokonał badania danej oferty leży w kognicji Izby i jest dopuszczalna zarówno w sytuacji, gdy zamawiający ocenia negatywnie doświadczenie wykonawcy wykazane za pomocą zamówienia realizowanego na jego rzecz, jak i w sytuacji, gdy konkurent takiego wykonawcy kwestionuje prawidłowość oceny zamawiającego – jak w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Gulermak do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy zachodzi

uzasadnienie, że jest ona rażąco niska

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustalając stan faktyczny ustaliła także brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy, które ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, stąd nie widzi konieczności ponownego jego cytowania w tym miejscu. Izba stwierdziła, że na podstawie ustalonego stanu prawnego zamawiający nie miał przesłanek do podjęcia czynności w celu ustalenia, że cena oferty Gulermak rażąco odbiega od przedmiotu

97

zamówienia. W ustaleniach stanu faktycznego Izba wskazała na brak możliwości analizy złożonych ofert wprost do wartości szacunkowej zamówienia, która zawierała wartość zamówień uzupełniających nie objętych przedmiotem zamówienia. Izba ustaliła także różnice procentowe w stosunkach pomiędzy poszczególnymi ofertami, jak i w stosunku do średniej wszystkich złożonych ofert, w tym oferty, która była droższa niż przewidziany przez zamawiającego budżet na sfinansowanie zamówienia. W świetle tych ustaleń Izba doszła do przekonania, że obiektywnie nie powstają uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy zaoferowane ceny są nierealne, nie gwarantują należytego wykonania. W ocenie Izby odwołujący Konsorcjum Torpol nawet nie podjął próby wykazania, że specyfika inwestycji liniowych wskazuje, że oferty w takich postępowaniach charakteryzują się mniejszymi, niż w niniejszym postępowaniu różnicami w cenach. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy był już przytaczany w niniejszym uzasadnieniu, stąd w ocenie Izby nie jest niezbędne ponowne jego powołanie w tym miejscu. Zarzut ten oparty jest o zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę fakt, że zarzut skierowane do zamawiającego w związku z badaniem i oceną oferty najkorzystniejszej nie potwierdziły się brak było również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

98

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 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) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczonych wpisów od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując odwołującym zwrot tych kosztów zamawiającemu, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

99