

WYROK
z dnia 16 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **6 stycznia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A., Via Argine n. 425, 80147 Napoli, Włochy, Newag S.A.

B. Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. Padilla 17, 28-006 Madryt, Hiszpania

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-323 Warszawa** protestów:

A Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A., Via Argine n. 425, 80147 Napoli, Włochy, Newag S.A. z dnia 12 grudnia 2008 r.

B Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. Padilla 17, 28-006 Madryt, Hiszpania z dnia 15 grudnia 2008 r.

przy udziale **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1a. Uwzględnia odwołanie Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A, Newag S.A. i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego, dokonanie powtórnej oceny Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem Wniosku Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A, Newag S.A.

1b. Oddala odwołanie Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A.

2. Kosztami postępowania obciąża Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. Padilla 17, 28-006 Madryt, Hiszpania oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-323 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A., Via Argine n. 425, 80147 Napoli, Włochy, Newag S.A.,**
 - B koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. Padilla 17, 28-006 Madryt, Hiszpania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 887 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset

osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.**,

2

ul. Siedmiogrodzka 20, 01-323 Warszawa na rzecz **Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A., Via Argine n. 425, 80147 Napoli, Włochy, Newag S.A.** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

B kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. Padilla 17, 28-006 Madryt, Hiszpania** na rzecz **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-323 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

4) dokonać zwrotu kwoty **26 826 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy osiemset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A., Via Argine n. 425, 80147 Napoli, Włochy, Newag S.A.**,

B kwoty 14 113 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy sto trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. Padilla 17, 28-006 Madryt, Hiszpania.**

3

Uzasadnienie

KIO/UZP 1533/08

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę 186 tramwajów przegubowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem mikropocesorowym*”, w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2008 / S 165 -222360 w dniu 27 sierpnia 2008 roku.

W dniu 5 grudnia 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Dnia 12 grudnia 2008 roku, uzupełnione w dniu 15 grudnia 2008 roku Konsorcjum firm: AnsaldoBreda S.p.A. z siedzibą w Neapolu oraz Newag S.A. z siedzibą w Warszawie wniosło protest na decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Powyższej decyzji Zamawiającego, Protestujący zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 23 w związku z art. 51 ust. 2 Ustawy, a to poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż wniosek o dopuszczenie członków Konsorcjum do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu został złożony przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania spółki Newag S.A.

alternatywnie

2) art. 26 ust. 3 w związku z art. 23 w związku z art. 51 ust. 2 Ustawy, a to poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa obejmującego umocowanie dla Pana Bruno S. T. do działania w imieniu członka Konsorcjum, spółki Newag S.A.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1 Ustawy, Protestujący wniósł o:

A) uchylenie czynności wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu i zaproszenie Konsorcjum do złożenia oferty, stosownie do art. 51 ust. 1 Ustawy, alternatywnie

4

B) uchylenie czynności wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu i wezwanie Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa obejmującego umocowanie dla Pana Bruno S. T. do działania w imieniu członka Konsorcjum, spółki Newag S.A.

Uzasadniając wskazał, iż w związku z powzięciem wiadomości o zamiarze udzielenia Zamówienia przez Zamawiającego, spółki AnsaldoBreda S.p.A. oraz Newag S.A. powzięły zamiar wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia w postępowaniu, stosownie do art. 23 Ustawy. Realizując wymóg art. 23 ust. 2 spółki AnsaldoBreda S.p.A. oraz Newag S.A. ustaliły, iż pełnomocnikiem Konsorcjum w postępowaniu będzie spółka AnsaldoBreda S.p.A. W tym celu spółka Newag S.A. udzieliła W dniu 22 września 2008 roku pełnomocnictwa na rzecz spółki AnsaldoBreda S.p.A. do wykonywania czynności pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 Ustawy. W treści pełnomocnictwa Newag S.A. nie upoważniła AnsaldoBreda S.p.A. do udzielania dalszych pełnomocnictw.

W dniu 22 września 2008 roku Konsorcjum złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej "Wniosek"). Wniosek składał się z:

1) formularza zgodnego z formą preferowaną przez Zamawiającego, zgodnie z punktem VI.3 Ogłoszenia; podpisanego przez Pana Bruno S. T. działającego w imieniu AnsaldoBreda S.p.A. zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 14 września 2008 roku;

2) załączników 1 - 12 potwierdzających spełnienie przez spółkę AnsaldoBreda S.p.A. wymagań postawionych wykonawcom przez Zamawiającego;

3) pełnomocnictwa udzielonego przez Newag S.A. spółce AnsaldoBreda S.p.A. z dnia 22 września 2008 roku;

4) kompletu dokumentów dotyczących spółki „Dossier Newag S.A.” składającego się z: Newag S.A., zatytułowanego:

a) wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podpisanego przez członków zarządu uprawnionych do łącznej reprezentacji Newag S.A.;

b) załączników do tego wniosku potwierdzających spełnienie przez spółkę Newag S.A. wymagań postawionych wykonawcom przez Zamawiającego.

W dniu 5 grudnia 2008 roku Zamawiający wykluczył Konsorcjum z postępowania zarzucając, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie został prawidłowo podpisany, a to z tego powodu, iż Pan Bruno S. T. nie był uprawniony do reprezentowania spółki Newag S.A. z uwagi na brak uprawnienia w treści pełnomocnictwa z dnia 22 września 2008 roku udzielonego przez spółkę Newag S.A. spółce AnsaldoBreda S.p.A. do ustanawiania dalszych pełnomocników; w ocenie Zamawiającego wyłącznie zarząd

5

AnsaldoBreda S.p.A. był umocowany do podpisania wniosku w imieniu Newag S.A. Zamawiający wskazał też, iż Pan Bruno S. T. uprawniony był do reprezentowania spółki AnsaldoBreda S.p.A.

Protestujący wskazał, iż argumentacja Zamawiającego uzasadniająca wykluczenie Konsorcjum z udziału w Postępowaniu jest nieuzasadniona, gdyż wbrew zarzutom Zamawiającego Wniosek Konsorcjum został podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji członków Konsorcjum. W tym zakresie wskazał, iż w odniesieniu do Konsorcjum obowiązujące przepisy Ustawy formułują dwa wymagania, stanowiące normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym:

a) obowiązek ustanowienia pełnomocnika;

b) obowiązek złożenia wspólnej oferty.

W nauce prawa zamówień publicznych wskazuje się również na wymóg ujawnienia w sposób wystarczający zamiaru uczestników Konsorcjum do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, przy czym wymóg ten jest spełniony w przypadku złożenia wspólnego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (tak: Paweł Granecki [w]:

„Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2007, str. 101). Przepisy Ustawy nie formułują jednakże żadnych wymogów, co do formy wspólnego wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z tego powodu, kierując się normą art. 14 Ustawy w związku z art. 60 Kodeksu cywilnego, wola wykonawcy do wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Należy podkreślić, iż z treści art. 9 ust. 1 ustawy wynika, iż powyższa wola winna zostać wyrażona w formie pisemnej. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 117/07), w której wskazano, iż *„Ustawodawstwo polskie jak i unijne w celu zapewnienia możliwości udziału w postępowaniu podmiotom słabszym na danym rynku dopuściło możliwość składania ofert wspólnych. Brak jest szczegółowych wymogów, co do formy prawnej, w jakiej podmioty mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie. Jedynym wymogiem jest ustanowienie pełnomocnika.”*

Jednocześnie podkreślił, że wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum powinni dołączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument pełnomocnictwa, do którego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie. Udzielenie pełnomocnictwa skutkuje tym, że:

6

- a) pełnomocnik jest uprawniony (co nie oznacza: zobowiązany) do składania oświadczeń w imieniu członków Konsorcjum w toku postępowania oraz
- b) Zamawiający kieruje do pełnomocnika wszelkie oświadczenia i zawiadomienia w toku postępowania (co nie pozbawia członków Konsorcjum udzielania odpowiedzi na powyższe wezwania lub oświadczenia).

Podkreśla się równocześnie, co oczywiste na gruncie Kodeksu cywilnego, iż *„udzielając pełnomocnictwa liderowi (który może być konsorcjantem lub osobą trzecią) członkowie konsorcjum nie tracą uprawnień do samodzielnego działania”* (tak: Paweł Granecki [w]: op.cit., str. 102).

Wspólny Wniosek Konsorcjum składający się z oświadczenia o zamiarze wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia został złożony przez spółkę AnsaldoBreda S.p.A., przy czym w swej treści zawiera:

- a) oświadczenie podpisane w imieniu AnsaldoBreda S.p.A. przez niewadliwie ustanowionego pełnomocnika do reprezentowania tej spółki o zamiarze ubiegania się wspólnie z Newag S.A. o udzielenie Zamówienia;
- b) oświadczenie podpisane w imieniu Newag S.A. przez zarząd Newag S.A. o zamiarze ubiegania się wspólnie z AnsaldoBreda S.p.A. o udzielenie Zamówienia.

Wszystkie dokumenty i oświadczenia wymagane przez Zamawiającego zostały złożone/podpisane przez członków zarządu Newag S.A., nie zaś przez pełnomocnika Konsorcjum. Zamawiający, zdaniem Protestującego, błędnie przyjął, iż w/w dokument stanowi kompletny Wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Pomiął w tym zakresie dokument, z którego treści wynika, iż w zakresie dotyczącym Newag S.A. został on podpisany przez członków zarządu uprawnionych do łącznej reprezentacji tego konsorcjanta.

Przyjęta przez Konsorcjum forma Wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu jest powszechnie akceptowana w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro zaś z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum wynika jednoznacznie, iż:

- a) Wniosek został podpisany zarówno przez AnsaldoBreda S.p.A., jak i Newag S.A., zaś
- b) wszystkie dokumenty wymagane Ogłoszeniem potwierdzające spełnienie przez spółkę Newag S.A. wymagań postawionych wykonawcom przez Zamawiającego zostały podpisane przez zarząd Newag S.A. (nie zaś przez pełnomocnika Konsorcjum),

to zarzut postawiony w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w Postępowaniu jest oczywiście nieuzasadniony. Obaj członkowie Konsorcjum złożyli wspólny Wniosek, pomimo, iż w jego treści w różnych miejscach wyrazili wolę wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia.

7

Niezależnie od powyższych argumentów, Protestujący nie zgodził się z zarzutem działania Pana Bruno S. T. bez umocowania pochodzącego od spółki Newag S.A. Stosownie do art.

106 Kodeksu cywilnego, pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Art. 106 Kodeksu cywilnego reguluje instytucje udzielania tzw. dalszych pełnomocnictw do działania w imieniu mocodawcy i ze skutkiem dla mocodawcy. Jak wynika z treści pełnomocnictwa udzielonego przez spółkę AnsaldoBreda S.p.A. Panu Bruno S. T., zakres jego działania obejmuje zawarcie i wykonanie w imieniu AnsaldoBreda S.p.A. umowy konsorcjum ze spółką Newag S.A., w tym wykonanie obowiązków ciążyących na spółce AnsaldoBreda S.p.A., jako na liderze Konsorcjum i pełnomocniku Konsorcjum. Działanie Pana Bruno S. T. w postępowaniu odbywa się zatem w imieniu AnsaldoBreda S.p.A. i ze skutkiem dla AnsaldoBreda S.p.A. Źródłem umocowania do działania przez Pana Bruno S. T. ze skutkiem dla Newag S.A. nie jest zatem treść pełnomocnictwa z dnia 22 września 2008 roku, lecz stosunek prawny będący podstawą pełnomocnictwa z dnia 22 września 2008 roku wskazany w treści pełnomocnictwa z dnia 14 września 2008 roku. Tym samym, Pan Bruno S. T. jest osobą uprawnioną do wykonywania obowiązków nałożonych na spółkę AnsaldoBreda S.p.A. w toku postępowania.

Niezależnie od podniesionych argumentów Protestujący wyjaśnił, iż czynność wykluczenia Konsorcjum powoduje, iż złożona przez niego oferta podlegałaby odrzuceniu, ze względu na normę art. 22 ust. 4 Ustawy ("Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą"). Wykluczenie jest zatem przesłanką odrzucenia oferty. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy, wykluczeniu podlegają wyłącznie wykonawcy, 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"*.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy -Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) (dalej "Ustawa zmieniająca"), *"Do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą."*

Wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu jest jedną z przesłanek odrzucenia oferty, tym samym wykluczenie Konsorcjum z postępowania może nastąpić wyłącznie na

8

podstawie okoliczności ustalonych brzmieniem Ustawy zmieniającej, to jest w szczególności po przeprowadzeniu procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Ustawy w brzmieniu nadanym Ustawą zmieniającą. Stosownie do art. 26 ust. 3 Ustawy w brzmieniu nadanym Ustawą zmieniającą, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub, którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Skoro Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie umocowania Pana Bruno S. T. do działania w imieniu Newag S.A., winien wezwać spółkę AnsaldoBreda S.p.A. do przedstawienia niewadliwego pełnomocnictwa upoważniającego Pana Bruno S. T. do działania w imieniu Newag S.A. Skutkiem rzeczonego zaniechania, które ciążyło na Zamawiającym od dnia 24 października 2008 roku, tj. od dnia wejścia w życie Ustawy zmieniającej, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w Postępowaniu.

Dnia 16 grudnia 2008 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 19 grudnia 2008 roku wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający, dnia 23 grudnia 2008 roku protest oddalił.

Protestujący podnosił w proteście, iż Wniosek składał się z:

- a) formularza zgodnego z formą preferowaną przez Zamawiającego, zgodnie z punktem IV,3 Ogłoszenia o zamówieniu, podpisanego przez Bruno S. T. działającego w imieniu AnsaldoBreda S.p.A. zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 14 września 2008 r. (faktycznie pełnomocnictwo złożone Zamawiającemu nosi datę 16 września 2008 r.),
- b) załączników 1-12 potwierdzających spełnienie przez spółkę AnsaldoBreda S.p.A.

- wymagań postawionych wykonawcom przez Zamawiającego,
- c) pełnomocnictwa udzielonego przez Newag S.A., spółce AnsaldoBreda S.p.A. z dnia 22 września 2008 r.,
- d) kompletu dokumentów dotyczących spółki Newag S.A., zatytułowanego „Dossier Newag S.A.” składającego się z:
- wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podpisanego przez członków zarządu uprawnionych do łącznej reprezentacji Newag S.A.,
 - załączników do tego wniosku potwierdzających spełnienie przez spółkę Newag S.A. wymagań postawionych wykonawcom przez Zamawiającego.

9

Z treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, sporządzonego wg wzoru zaproponowanego przez Zamawiającego (wzór zamieszczony zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego), podpisanego przez Bruno S. T. wynika, iż stanowi on wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. AnsaldoBreda S.p.A. i Newag S.A.

Do Wniosku dołączono dwa pełnomocnictwa:

- pierwsze z dnia 22 września 2008 r., w którym Newag SA udziela pełnomocnictwa spółce AnsaldoBreda S.p.A.,
- drugie, udzielone przez Salvatore B. Członka Zarządu AnsaldoBreda S.p.A. Arcangelo F. i Bruno S. T. z dnia 16 września 2008 r.

Wniosek składany w imieniu obydwu wykonawców został podpisany przez Bruno S. T., który jest pełnomocnikiem jednego z członków konsorcjum tj. AnsaldoBreda S.p.A. Pełnomocnictwo na podstawie, którego działał Bruno S. T. zostało udzielone 16 września 2008 r., tj. przed czynnością udzielenia pełnomocnictwa przez Newag SA dla AnsaldoBreda S.p.A., co miało miejsce 22 września 2008 r. Ponadto Newag SA nie wskazał, iż pełnomocnictwo obejmuje prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw. Tym samym zgodnie z art. 106 K.c. nie jest możliwe uznanie, iż Bruno S. T. może w jakikolwiek sposób reprezentować spółkę Newag SA.

Wniosek podpisany więc przez Bruno S. T. nie może być uznany za wniosek złożony przez wykonawców występujących wspólnie. Z jego treści wynika, że wykonawcami są AnsaldoBreda S.p.A. oraz Newag SA, przy czym podpisała go osoba uprawniona jedynie do reprezentacji jednego z wykonawców. Oceny sytuacji nie zmienia również przekazanie wśród dokumentów załączonych do wniosku pisma Newag SA z dnia 22 września 2008 r. podpisanego przez Członków Zarządu Spółki. W ocenie Zamawiającego pismo to jest pismem przewodnim, przy którym Newag SA przekazał swoje pełnomocnictwo dla AnsaldoBreda S.p.A. celem złożenia, jak zaznaczono w temacie pisma, wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Wraz z innymi dokumentami, pismo to, zostało przez samego Protestującego uznane za załącznik do wniosku (np. w spisie treści przekazanym Zamawiającemu) i bez wątpienia uprawdopodobnia fakt, że strony miały zamiar wystąpić w postępowaniu jako wykonawcy występujący wspólnie.

Jednakże we wniosku oraz pozostałych dokumentach nie znajduje się wspólne oświadczenie woli, skierowane do zamawiającego, o ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zgadza się z Protestującym, że nie zostały określone szczególne wymogi co do formy złożenia wniosku przez wykonawców występujących wspólnie. Jednakże, bez wątpienia Zamawiający

10

powinien otrzymać oświadczenie woli prawidłowo podpisane, z którego wynika wola ubiegania się o zamówienie wspólnie z innym wykonawcą. Takie oświadczenie skierowane do Zamawiającego zostało wadliwie podpisane przez osobę nie mającą uprawnienia do reprezentacji obu Wykonawców.

W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że jeżeli Wykonawcy działający wspólnie naruszają przepis art. 23 ust. 2 Pzp i nie ustanowią prawidłowo pełnomocnika, ich działania będą skuteczne pod warunkiem, że każde pismo, oświadczenie, itp. będzie podpisane przez każdego z wykonawców działających wspólnie (tak np. UZP/ZO/0-193/07). W przedmiotowym postępowaniu Protestujący nie złożył wniosku podpisanego przez właściwie ustanowionego pełnomocnika ani wniosku właściwie podpisanego przez każdego z wykonawców działających wspólnie.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 22 sierpnia 2008 r. - w tym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało przesłane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która obowiązuje od dnia 24 października 2008 r., dopuściła uzupełnianie pełnomocnictw (znowelizowany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). W art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. nr 171, poz. 1058) określono, iż do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy (a więc przed dniem 24 października 2008 r.) stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszenia, zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie mógł wezwać Konsorcjum do uzupełnienia właściwego pełnomocnictwa, gdyż znowelizowany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ma zastosowania do postępowań wszczętych przed dniem 24 października 2008 r.

Wydźwięk Protestującego, iż obowiązek wezwania Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa ciążył na Zamawiającym od dnia 24 października 2008 r. jest błędny. Protestujący podnosi, iż wykluczenie Konsorcjum z postępowania może nastąpić wyłącznie na podstawie okoliczności ustalonych brzmieniem ww. ustawy z dnia 4 września 2008 r., w szczególności po przeprowadzeniu procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ww. ustawą z dnia 4 września 2008 r. Jako podstawę swojego stanowiska Protestujący wskazał art. 4 ww. ustawy z dnia 4 września 2008 r., zgodnie, z którym do

11

postępowań wszczętych przed dniem 24 października 2008 r. stosuje się przesłanki odrzucenia oferty w brzmieniu nadanym nowelizacją. Faktycznie do postępowań wszczętych przed dniem 24 października 2008 r. ma zastosowanie znowelizowany art. 89 ustawy Pzp, ale nie oznacza to, że automatycznie również art. 26, ponieważ ustawodawca nie wymienił w art. 4 ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw przepisów dotyczących uzupełniania oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw, do postępowań wszczętych przed dniem 24 października 2008 r. mają zastosowanie przepisy art. 26 ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu.

W sytuacji, gdy Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został podpisany przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji wykonawców występujących wspólnie (tj. przez pełnomocnika ustanowionego przez Pełnomocnika Konsorcjum, który nie był umocowany do ustanawiania dalszych pełnomocników), Zamawiający nie mógł wezwać Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa. Jak podkreślono w decyzji Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2008 r. takie stanowisko Zamawiającego oparte zostało na ugruntowanej linii orzeczniczej (tak np. KIO/UZP 801/08, KIO/UZP 14/08, UZP/ZO/0-2972/06, UZP/ZO/0-2995/06), zgodnie z którą właściwe pełnomocnictwo należy złożyć przy pierwszej czynności i powyżej opisanego błędu nie można naprawić na podstawie ustawy Pzp w brzmieniu mającym zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 31 grudnia 2008 roku wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, rozstrzygnięciu Zamawiającego zarzucając naruszenie:

A) art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 23 w związku z art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż wniosek Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania Newag S.A.;

alternatywnie

B) art. 26 ust. 3 w związku z art. 23 w związku z art. 51 ust. 2 Ustawy, a to poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa obejmującego umocowanie dla Pana Bruno S. T. do działania w imieniu członka Konsorcjum, spółki Newag S.A. poprzez błędną wykładnię art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 roku, Nr 171, poz. 1058).

W związku z powyższym wniósł o:

12

-
1. Unieważnienie czynności Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z postępowania i nakazanie powtórzenia przez Zamawiającego czynności oceny wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 2. Nakazanie zwrotu kosztów postępowania od Zamawiającego, w tym wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego (w tym zakresie stosownie do spisu kosztów przedłożonych na rozprawie).

Dnia 15 stycznia 2009 roku Wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding przystąpił do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

KIO/UZP 04/09

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę 186 tramwajów przegubowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem mikropocesorowym”*, w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2008 / S 165 -222360 w dniu 27 sierpnia 2008 roku.

W dniu 5 grudnia 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Dnia 15 grudnia 2008 roku Wykonawca Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A. zarejestrowana pod adresem c/Jose Miguel Iturrioz, 26, Beasain, Hiszpania adres do korespondencji: 28006 Madryt, Hiszpania, Padilla 17, 6° wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) ocenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w związku ze złożeniem przez Wykonawcę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; oraz
- 2) wykluczeniu Wykonawcy z postępowania.

Powyższym czynnościom Zamawiającego zarzucił:

13

-
1. Błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że złożone przez Wykonawcę oświadczenie w przedmiocie m.in. niewydania w stosunku do Wnioskodawcy orzeczenia sądowego ani decyzji administracyjnych, które zakazywałyby Wnioskodawcy ubiegania się o zamówienie w postępowaniu nie odpowiada wymogowi złożenia oświadczenia "przed notariuszem";
 2. Naruszenie normy wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy -Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Wykonawcy z postępowania w okolicznościach, gdy brak było ku temu uzasadnionych podstaw.

Podnosząc powyższe zarzuty żądał:

- a) uznania protestu za zasadny, powtórzenia czynności opisanej w punkcie 1 w rezultacie,
- b) dopuszczenia Wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Uzasadniając wskazał, iż Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 27 października 2008 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych do przedłożenia, między innymi, dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec Wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie.

W określonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca przedłożył wnioskowane dokumenty, w szczególności dokument zawierający wnioskowane oświadczenie, na którym autentyczność podpisu została potwierdzona przez notariusza w sposób przewidziany przez prawo hiszpańskie. W prawie hiszpańskim bowiem, odnośnie do tożsamości składającego podpis, oświadczenie złożone przed notariuszem i oświadczenie własne z podpisem poświadczonym notarialnie mają ten sam skutek.

Użyte w ogłoszeniu o postępowaniu sformułowanie "przed notariuszem" stanowiące literalne powtórzenie § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006

r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605) nie posiada w prawie polskim definicji legalnej.

Brak jest przy tym wymogu, aby oświadczenie było sporządzone w formie aktu notarialnego, stąd sformułowanie "przed notariuszem" należy rozumieć jedynie jako obowiązek stwierdzenia autentyczności podpisu osoby tak, aby w przypadku, gdyby oświadczenie okazało się fałszywe uniknąć wątpliwości, co do tożsamości osoby, która je złożyła, co mogłoby umożliwić pociągnięcie takiej osoby do odpowiedzialności. Także w prawie polskim, notarialne poświadczenie podpisu można osiągnąć albo poprzez jego

14

złożenie w obecności notariusza albo w prawnie równoważnej formie uznania podpisu za własny. Prawo hiszpańskie przewiduje dodatkową, nieznaną prawu polskiemu, lecz równoważną z przewidzianymi w prawie polskim formę notarialnego poświadczenia autentyczności podpisu polegającą na porównaniu podpisu na dokumencie z uprzednio złożonym wobec notariusza wzorem.

Zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 roku -Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz. U. z 1995 roku Nr 83 poz. 417 ze zm.), "forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana". Brak jest podstaw, by przepisu tego nie zastosować *per analogiam* do wymaganego przez prawo polskie oświadczenia wiedzy złożonego w szczególnej formie. Przeciwna interpretacja, zdaniem Protestującego, stałaby w sprzeczności z zasadą równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców z państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Dlatego też, w ocenie Wykonawcy przedłożony dokument, wraz z dodatkowymi dokumentami złożonymi przez Wykonawcę w postępowaniu, w stopniu wystarczającym udowadnia fakt spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, gdyż dokument wystawiony przez przedstawiciela posiadającego wystarczające umocowanie i uprawnienia wykonawcze w spółce jest oryginalny i zawiera prawdziwe informacje. Skoro więc na podstawie dokumentów złożonych przez Wykonawcę w określonym przez Zamawiającego terminie można było ustalić, że Wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, nie było podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a zatem rozstrzygnięcie Zamawiającego w tym względzie nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, dnia 23 grudnia 2008 roku protest oddalił.

Zdaniem Zamawiającego, protest nie jest zasadny, gdyż:

- 1) Zasady, na jakich podmioty zagraniczne mają składać dokumenty wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia określają ustawa Pzp i rozporządzenie wykonawcze do ustawy Pzp. Stosowne przepisy określają, że wykonawca zagraniczny zobowiązany jest złożyć te dokumenty, jeśli są wydawane w jego kraju, natomiast w przypadku, gdy dokumenty nie są wydawane, powinien złożyć oświadczenie przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia.
- 2) Protestujący nie dołączył do Wniosku żadnego dokumentu potwierdzającego, że wobec niego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia, i w związku z tym został

15

wezwany, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu wystawionego w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę, potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienia tj. dokumentu zawierającego oświadczenie, że nie orzeczono wobec Wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia, złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego w Hiszpanii. Podstawą tak sformułowanego wezwania była analiza przez Zamawiającego obowiązujących w Hiszpanii przepisów, zgodnie, z którymi w Hiszpanii nie są wydawane zaświadczenia potwierdzające, że nie orzeczono wobec wykonawców zakazu ubiegania się o zamówienia.

- 3) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Protestujący dostarczył oświadczenie z dnia 29.10.2008 r. o treści: "Spółka CAF nie została wykluczona z żadnego konkursu i nie

wydano w stosunku do niej żadnego postanowienia sądowego ani decyzji administracyjnej zabraniającej Spółce uczestniczenia w postępowaniach przetargowych publicznych lub prywatnych". Notariusz w dniu 30.10.2008 r. zaświadczył, że *"podpis pana Jesus E. A. jest podobny do widniejącego pod sporządzonym przeze mnie aktem nr repertorium 2057, z roku 2007, w związku z czym uznaję wwypodpis za autentyczny."* Notariusz poświadczył więc jedynie autentyczność podpisu złożonego pod oświadczeniem.

- 4) Dostarczone oświadczenie nie jest równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem -a taką formę dopuszczają przepisy prawa powszechnie obowiązującego -§ 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), mającego zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu, Również takiej formy złożenia dokumentu wymagał Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu i wezwaniu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, skierowanym do Protestującego w dniu 27 października 2008 r. (pismo TW/NZ/26 1-176/3358/2008).
- 5) W świetle obowiązujących w Polsce przepisów przyjęcie przez notariusza oświadczenia wiąże się nie tylko ze złożeniem przed nim oświadczenia, ale także ze zrozumieniem przez niego jego treści, wskazaniem tożsamości osoby, faktu i daty stawiennictwa przed notariuszem. Art. 85 ustawy Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158) stanowi, że notariusz stwierdza tożsamość osoby biorącej udział w czynności notarialnej. Stwierdzenie to powinno nastąpić na podstawie przewidzianych prawem dokumentów, a

16

w przypadku braku dokumentów - w sposób wyłączający wszelką wątpliwość, co do określenia tożsamości tej osoby. Notariusz stwierdza tożsamość danej osoby z należytą starannością wymaganą od osoby zaufania publicznego i sposób stwierdzenia tożsamości określa w sporządzanym dokumencie. Oświadczenie składane przed notariuszem jest podpisane przez osobę składającą oświadczenie w obecności notariusza, podobnie jak podpisy na aktach notarialnych.

- 6) Protestujący podnosi w proteście, że uzupełnił wymagane oświadczenie, na którym autentyczność podpisu została potwierdzona przez notariusza w sposób przewidziany przez prawo hiszpańskie. Wskazując ustawodawstwo hiszpańskie, Protestujący stoi na stanowisku, że w Hiszpanii oświadczenie złożone przed notariuszem i oświadczenie własne z podpisem poświadczonym notarialnie mają ten sam skutek. Wskazując art. 1227 hiszpańskiego Kodeksu cywilnego Protestujący wyjaśnia datę oświadczenia w ten sposób, iż *"data dokumentu własnego staje się skuteczna wobec osób trzecich od momentu jego dostarczenia pracownikowi administracji państwowej jako część akt administracyjnych"*.
- 7) Konstrukcja daty pewnej jest znana również ustawodawstwu polskiemu - jednakże przywołany przepis rozporządzenia nie stanowi o złożeniu dokumentu z datą pewną, jak również o złożeniu dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, a o dokumencie potwierdzającym złożenie oświadczenia o odpowiedniej treści przed notariuszem. Powyższe twierdzenie potwierdza Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 r. Sygn. akt: V Ca 47/07, w którym stwierdza się: *"(...) dokument złożony przez (...) opatrzony jest pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie. Notariusz stwierdził więc jedynie, że (...) złożył swój podpis pod dokumentem. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem (...). Przepis ten wprost bowiem przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia; wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenia, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia (...)"*.
- 8) Protestujący podnosi, iż określona przez Zamawiającego forma złożenia oświadczenia nie posiada definicji legalnej w polskim prawie. Wbrew twierdzeniom Protestującego sformułowanie zawarte w § 2 ust. 3 ww. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w katalogu, wymienionych w art. 79 Prawa o notariacie, czynności dokonywanych przez notariusza jako czynność wynikająca z odrębnych przepisów (pkt 9 ww. artykułu). Nie jest zatem wymagane sporządzenie aktu notarialnego (pkt 1) jak słusznie zauważa Protestujący, ale też nie jest to jedynie sporządzenie poświadczenia (pkt 2) własnoręczności podpisu czy daty. Stąd forma ta winna być zachowana zgodnie z wykładnią logiczną.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 31 grudnia 2008 roku wniośł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od całości rozstrzygnięcia protestu, której to czynności zarzucił:

1. Błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że złożone przez Odwołującego się oświadczenie w przedmiocie m.in. niewydania w stosunku do Odwołującego się orzeczenia sądowego ani decyzji administracyjnych, które zakazywałyby Odwołującemu się ubiegania się o zamówienie w Postępowaniu nie odpowiada wymogowi złożenia oświadczenia "przed notariuszem";
2. Naruszenie normy wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego się z postępowania w okolicznościach, gdy brak było ku temu uzasadnionych podstaw.

Podnosząc powyższe zarzuty żąda:

- A) uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w rezultacie o nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia Odwołującego się do udziału w postępowaniu; względnie o
 - B) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ponownego rozstrzygnięcia protestu;
- a nadto, w każdym przypadku:
- C) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego się, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tym postępowaniu, według norm prawem przepisanych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami Ogłoszenia o zamówieniu, treścią Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

KIO/UZP 1533/08

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, informując o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, jako podstawę wykluczenia Odwołującego Konsorcjum wskazał, iż *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony jako wniosek wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:*

AnsaldoBreda S.p.A. oraz Newag S.A. Zdaniem Zamawiającego wniosek został podpisany przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji wykonawców występujących wspólnie, gdyż w pełnomocnictwie udzielonym przez NEWAG S.A. brak jest umocowania do ustanawiania dalszych pełnomocników (w tej sytuacji wniosek powinien zostać podpisany przez członków zarządu spółki AnsaldoBreda S.p.A.). Zgodnie z art. 106 Kodeksu cywilnego pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników, tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą

pełnomocnictwa. Ponadto pełnomocnictwo NEWAG S.A. udzielone zostało w dacie późniejszej niż data ustanowienia pełnomocnika przez AnsaldoBreda S.p.A.

W trakcie przeprowadzonej rozprawy stwierdzone zostały następujące fakty:

1. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego w imieniu i na rzecz spółki AnsaldoBreda S.p.A. (z jedynym udziałowcem) Kierowanej i koordynowanej przez spółkę Finmeccanica SpA, jako pełnomocnik Czasowego Stowarzyszenia Przedsiębiorstw z NEWAG S.A. podpisał Pan Bruno T. – data wniosku 22 września 2008 roku.

2. Pełnomocnictwo od NEWAG S.A. dla AnsaldoBreda S.p.A. zostało podpisane przez członków zarządu NEWAG S.A. – data pełnomocnictwa 22 września 2008 roku.

19

3. Specjalne pełnomocnictwo m.in. dla Pana Bruno Siller T. zostało złożone w języku włoskim wraz z oryginałem tłumaczenia na język polski, podpisanego przez Panią Zofię Renatę L. – tłumacza przysięgłego.

4. Dossier NEWAG S.A. zawierające dokument zatytułowany Wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu Nr NM/35/09/2008 na „Dostawę 186 tramwajów przegubowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem mikroprocesorowym” – data dokumentu 22 września 2008 roku.

W świetle wyżej wskazanych faktów, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdził się.

Wskazać należy, że stosownie do przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W myśl ust. 2 ww. artykułu, w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Analizując całą dokumentację składającą się na treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożoną przez Konsorcjum AnsaldoBreda S.p.A. i NEWAG S.A. Izba doszła do następujących wniosków.

Z treści pełnomocnictwa udzielonego przez NEWAG S.A. dla AnsaldoBreda S.p.A. nie wynika uprawnienie do ustanawiania dalszych pełnomocników. Dlatego też, Pan Bruno T. nie miał prawa do reprezentowania Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto pełnomocnictwo specjalne dla Pana Bruno T. zostało udzielone przed dniem zawiązania Konsorcjum, co tym bardziej wzmacnia argumentację o braku możliwości reprezentacji NEWAG S.A. w postępowaniu. Niemniej jednak nie można Odwołującemu odmówić racji, że zarówno przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jak i treść Ogłoszenia o zamówieniu nie stawiały szczególnych wymagań, co do formy złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, dotyczącą braku możliwości reprezentacji NEWAG S.A. przez Pana Bruno T., zdaje się być uzasadnionym fakt złożenia samodzielnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez NEWAG S.A., w ramach jednej dokumentacji, w tożsamej dacie. Okoliczność, którą podnosił na rozprawie Zamawiający, iż pismo, czy też dokument załączony jako dossier NEWAG S.A. stanowi jedynie załącznik do wniosku złożonego przez AnsaldoBreda S.p.A. – jako potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Izby jest

20

stanowiskiem błędnym. Powyższe potwierdza zarówno treść dokumentu, cyt.: „*TEMAT: Wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu Nr NM/35/09/2008 na „Dostawę 186 tramwajów przegubowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem mikroprocesorowym”*”. Niniejszym NEWAG Spółka Akcyjna składa kandydaturę dla celów przedmiotu procedury przed kwalifikacyjnej, deklarując zamiar złożenia oferty oraz zrealizowania objętego ofertą zamówienia w przypadku wygrania przetargu razem z AnsaldoBreda S.p.A., z którą zobowiązuje się do stworzenia konsorcjum zgodnie z § III.1.3) Ogłoszenia [...]. W związku z powyższym załączamy nasze pełnomocnictwo dla AnsaldoBreda S.p.A.” jak i widniejąca na tym

dokumentem data, która odpowiada dacie wniosku podpisanego przez Pana Bruno T. działającego w imieniu AnsaldoBreda S.p.A. Mając na uwadze dyspozycję przepisu art. 60 Kodeksu cywilnego, który stanowi, iż „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)” oraz art. 65 § 1 cyt. „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”, ujawnienie swojej woli przez NEWAG S.A., poprzez złożenie samodzielnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ale w ramach konsorcjum z AnsaldoBreda S.p.A. czytać należy tak jak chciał tego Wykonawca. W świetle powołanych przepisów Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego, stwierdzić należy, iż Wykonawcy mogli złożyć wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez formalne wyrażenie swojej woli, na dwóch odrębnych dokumentach (wnioskach), z których treści wynika zamiar i wola wspólnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto, zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego, iż dyspozycja art. 23 *in corpore* wymagająca ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu, nie przekreśla możliwości samodzielnego działania przez poszczególnych konsorcjantów, co też w przedmiotowym postępowaniu AnsaldoBreda i NEWAG S.A., uczynili.

Na marginesie rozważań zaznaczyć można, iż w przypadku wątpliwości, co do treści i znaczenia oświadczenia woli wykonawcy, w szczególności na etapie składania wniosków w przetargu ograniczonym, żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym jej art. 7 ust. 1, nie uniemożliwia Zamawiającemu zwrócenia się do autora oświadczenia (Wykonawcy) o jego stosowne wyjaśnienie. Biorąc pod uwagę fakt, iż zamówienia publiczne są stosunkami cywilnoprawnymi pomiędzy równymi podmiotami występującymi w obrocie gospodarczym,

21

do wykonywania czynności nie uregulowanych przepisami Prawo zamówień publicznych oraz niepodpadającymi pod wyrażone w ustawie zakazy, nie są konieczne żadne szczególne „tryby” czy też „podstawy”.

Odnosząc się do pełnomocnictwa specjalnego z dnia 16 września 2008 roku, udzielonego m.in. Panu Bruno T., Izba stwierdziła, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu postawił następujące wymogi:

- 1) Sekcja VI dział VI.3) ust. 1 pkt 3) Forma złożonych dokumentów musi być zgodna z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Dokumenty należy złożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę;
- 2) Sekcja VI dział VI.3) ust. 1 pkt 4.6) Tłumaczenie na język polski i język angielski może być przedstawione w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

Wobec tak sformułowanych przez Zamawiającego wymogów, błędnym, zdaniem Izby jest stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do formy złożonego pełnomocnictwa specjalnego. Izba stwierdziła, że pełnomocnictwo specjalne zostało złożone w oryginale w języku włoskim, wraz z oryginałem tłumaczenia z języka włoskiego na polski. Tak więc wymóg Zamawiającego, postawiony w Sekcji VI dział VI.3) ust. 1 pkt 4.6) Ogłoszenia o zamówieniu został przez Odwołującego spełniony. Powyższy fakt „oryginalności” tłumaczenia potwierdza pieczęć tłumacza i jego podpis pod tłumaczeniem

Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na okoliczność, iż zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdził się, a zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został postawiony zarówno w proteście jak i w odwołaniu alternatywnie.

Tym samym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy

KIO/UZP 04/09

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, informując o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, jako podstawę wykluczenia Odwołującego Konsorcjum wskazał, iż „*W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca dostarczył oświadczenie z dnia 29 października 2008 roku (niezłożone przed notariuszem) o treści: „Spółka CAF nie została wykluczona z żadnego konkursu i nie wydano w stosunku do niej żadnego postanowienia sądowego ani decyzji administracyjnej zabraniającej Spółce uczestniczenia w postępowaniach przetargowych publicznych lub prywatnych”, a notariusz w dniu 30 października 2008 roku uznał podpis złożony pod treścią oświadczenia za autentyczny. Wykonawca nie uzupełnił więc wymaganego dokumentu, gdyż uzupełnione oświadczenie nie jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem*”.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu Sekcja III dział III.2.1) pkt 9 postawił warunek, że „*Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, których mowa w pkt 7, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania [...]*”, co zgodne jest z § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, tym samym stwierdza, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż sformułowanie zawarte w § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane, „*oświadczenie złożone przed notariuszem*” jest jednoznaczne. Sam Odwołujący potwierdził fakt, iż oświadczenie tego typu już składał i jest w stanie złożyć, poprzez dołączenie do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwa na rzecz Pana Jesusa E. A. (część 8 wniosku). Jednocześnie tym samym potwierdził, że czynność składania oświadczenia przed notariuszem, mieści się w katalogu czynności dokonywanych przez notariusza i jest możliwe do przeprowadzenia również na gruncie prawa hiszpańskiego, podobnie jak ma to miejsce w prawie polskim, tj. ustawie z dnia 14 lutego 1991 roku - Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158), art. 79 pkt 9.

Izba w pełni popiera, w tym względzie stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 roku, sygn. akt V Ca 47/07, w którym orzeczono, iż: „*[...] dokument złożony przez [...] opatrzony jest pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie. Notariusz stwierdził więc jedynie, że [...] złożył swój podpis pod dokumentem. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem [...]. Przepis ten wprost bowiem przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby*

składającej oświadczenia, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia [...]”.

Tym samym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

24

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....
Członkowie:

.....
.....

** niepotrzebne skreślić*

25