

Sygn. akt. KIO/UZP 703/09,

KIO/UZO 709/09

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach **16 czerwca, 26 czerwca, 29 czerwca, 1 lipca i 3 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 czerwca 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona 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., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,

B. 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., ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o.**

protestów:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona 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., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa
z dnia **7 maja 2008 r.**

B. 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. ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa
z dnia **8 maja 2008 r.,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A., Gülermak, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., Plac Defilad 1, Pałac Kultury i nauki lok. 939, 00-901 Warszawa** - zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawach obu odwołań.

oraz

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. ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa – zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego w odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciw ich ofercie podniesionych przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A.,

orzeka:

1A. oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona 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

2

1B. oddała odwołanie wniesione przez 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.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Strabag Sp. z o.o., Strabag A.G., Ed. Zublin AG, Dywidag International GmbH, Dywidag Bau GmbH, Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń Rebeka S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,
- 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. ul. Transportowców 12, 02-858 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Strabag Sp. z o.o., Strabag A.G., Ed. Zublin AG, Dywidag International GmbH, Dywidag Bau GmbH, Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń Rebeka S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
 - B koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **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. ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx,

3

B kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx,

- 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 **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Strabag Sp. z o.o., Strabag A.G., Ed. Zublin AG,**

Dywidag International GmbH, Dywidag Bau GmbH, Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń Rebeka S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa, B kwoty 17 713 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz 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. ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa.

4

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na projekt i budowę II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 18.10.2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii w Europejskiej pod poz. 2008/S 203-269416

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - *zwanej dalej ustawą pzp.*

W dniu 29.04.2009 roku, Zamawiający przekazał Odwołującym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę złożoną przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców: Astaldi S.p.A., Gülermak, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. - *zwane dalej Konsorcjum Astaldi.*

W dniu 7.05.2009 roku Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: Mostostal Warszawa S.A. – pełnomocnik Konsorcjum oraz Acciona Infraestructuras S.A., Strabag Sp. z o.o., Strabag AG, Dywidag International GmbH;

– *zwane dalej Dywidag Bau GmbH,*

Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A.

Konsorcjum Mostostal - wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: China Overseas Engineering Group co Ltd., Shanghai Construction (Group) General Co., China Railway Tunnel Group co. Ltd, Decoma Sp. z o.o. - *zwane dalej Konsorcjum Covec* i odrzucenia ich oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udziału w postępowaniu protestacyjnym wywołanym wniesieniem protestu przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., w dniu 11.05.2009 roku - zgłosili przystąpienie:

5

-
- a) Konsorcjum Astaldi S.p.A. - po stronie Zamawiającego - co do zarzutów przeciw ofercie konsorcjum Astaldi, oraz po stronie Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. - co do zarzutów przeciw ofercie Konsorcjum COVEC.
 - b) Konsorcjum COVEC - po stronie Zamawiającego - co do zarzutów dotyczących Konsorcjum Covec (zarzuty nr 7, 8, 9, 10) z wnioskiem o nieuwzględnienie zarzutów zgłoszonych przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. oraz po stronie Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. - co do zarzutów skierowanych przeciw Konsorcjum Astaldi (zarzuty 1,2,3, 4, 5, 6) z wnioskiem o ich uwzględnienie. Konsorcjum Covec nie zgodziło się jednak z uzasadnieniem powołanych zarzutów, poza argumentami przedstawionymi w pkt 1b 1,2,3, 4, 6 oraz 1c – co do których wskazano, że argumentacja tam przedstawiona uzupełnia zarzuty przedstawione w proteście złożonym przez konsorcjum COVEC.

Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. w proteście z dnia 7.05.2009 roku, podniosło dwie

grupy zarzutów: pierwsza grupa została skierowana przeciw ofercie Konsorcjum Astaldi, zaś druga grupa zarzutów – przeciw ofercie Konsorcjum COVEC – tj. ofercie znajdującej się w rankingu ofert bezpośrednio przed ofertą Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A.

Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Astaldi:

I. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp - brak zabezpieczenia oferty wadium

1. Odwołujący wskazał, że gwarancja bankowa, złożona jako zabezpieczenie wadium przetargowego, wystawiona na zlecenie Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. przez Bank PKO SA zawiera zapis: „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty”. Postanowienie gwarancji bankowej oznacza zatem, że bank - gwarant zobowiązany jest do świadczenia określonego w treści gwarancji bankowej (wypłaty kwoty zabezpieczenia) wyłącznie w przypadku wyboru oferty konsorcjum Astaldi w jej pierwotnym zakresie. Ponieważ dokumenty, składające się na treść oferty konsorcjum Astaldi, stanowiły przedmiot wyjaśnień i uzupełnień, bank-gwarant może uchylić się od obowiązku zapłaty kwoty zabezpieczenia w przypadku wyboru oferty tego konsorcjum. Tym samym należy uznać, że oferta konsorcjum Astaldi, od daty złożenia wyjaśnień i uzupełnień, utraciła zabezpieczenie wadium.

6

2. oświadczenie beneficjenta złożone w celu wyegzekwowania kwoty zabezpieczenia od banku ma zawierać stwierdzenie, że Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie, nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie „będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności”. Tymczasem art. 46 ust. 5 pzp uprawnia do zatrzymania wadium i nie wymaga poinformowania wykonawcy o wyborze jego oferty w określonym czasie.

II. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 ustawy pzp – niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków oraz dokumentów zawierających błędy.

1. nie został potwierdzony fakt niezalegania przez Astaldi S.p.A. w zapłacie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Na stronie 355 i 356 oferty przedstawiono zaświadczenie potwierdzające niezaleganie w zapłacie składek w: I.N.A.I.L. - Istituto Nazionale per l' Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (Państwowym Zakładzie Ubezpieczeń od Wypadków przy Pracy), I.N.P.S - Istituto Nazionale Previdenza Sociale (Krajowym Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych) oraz Cassa Edile do Roma e Provincia (Budowlanej Kasie Ubezpieczeń dla Rzymu i Prowincji)
2. nie został potwierdzony fakt niezalegania przez Astaldi S.p.A w zapłacie podatków. Zaświadczenie dotyczące Astaldi S.p.A. przedstawione na stronach 357 i 358 oferty Konsorcjum Astaldi, potwierdza wyłącznie, że Astaldi S.p.A. złożyła deklaracje podatkowe i dokonała odpowiadające tym deklaracjom wpłaty, nie jest to zatem zaświadczenie o niezaleganiu z zapłatą podatków. Fakt samodzielnego obliczenia należytego podatku w składanej deklaracji, oraz zapłaty tak obliczonego podatku, nie oznacza, że istotnie Astaldi S.p.A. nie posiada zaległości podatkowych.
3. nie został potwierdzony fakt niezalegania przez Gülermak Agr Sanayi w zapłacie podatków i opłat. Zaświadczenie znajdujące się na stronie 361 i 362 oferty zaświadczenie nie jest dokumentem w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 1) lit b) 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. Zaświadczenie zostało wygenerowane przez Internetowy Urząd Podatkowy, nie zawiera podpisu upoważnionej z ramienia Urzędu Podatkowego osoby. Zaświadczenie to nie może być również traktowane jako

7

oświadczenie wykonawcy, ponieważ znajdują się na nim wyłącznie podpisy potwierdzające zgodność z oryginałem.

4. nie został potwierdzony fakt niezalegania przez Gülermak Agr Sanayi w zapłacie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Przedstawione na stronie 359 i 360 oferty zaświadczenie potwierdza niezaleganie w zapłacie składek na ubezpieczenie społeczne.
5. sprawozdanie finansowe Astaldi S.p.A. (strony 367 - 426 oferty oraz 5- 75 uzupełnienia oferty) jest bilansem skonsolidowanym grupy kapitałowej (Astaldi S.p.A i jej spółek zależnych i podmiotów powiązanych) i na podstawie przedstawionych dokumentów nie można stwierdzić, jaka jest wysokość przychodów Astaldi S.p.A, która jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu. Pozostałe podmioty (spółki zależne i podmioty powiązane) nie mogą być uważane za Astaldi S.p.A, wysokość ich przychodów nie ma zatem znaczenia dla oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy - Astaldi S.p.A. Odwołujący wyjaśnił także, że Zamawiający wezwał Konsorcjum Astaldi do wyjaśnienia przedłożonego rachunku zysków i strat celem wskazania, które z pozycji tego dokumentu określają wysokość przychodu netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów lub wysokość przychodu netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi oraz do uzupełnienia sprawozdania finansowego Astaldi S.p.A. W odpowiedzi na to wezwanie konsorcjum Astaldi przedłożyło kwestionowane dokumenty w postaci skonsolidowanych bilansów grupy kapitałowej (Astaldi S.p.A., jej spółek zależnych oraz podmiotów powiązanych). W świetle art. 26 ust. 3 pzp oznacza to, że ponieważ zamawiający może tylko raz wezwać wykonawcę do uzupełnienia konkretnego brakującego lub wadliwego dokumentu, ponowne wezwanie konsorcjum Astaldi do dostarczenia prawidłowych sprawozdań finansowych Astaldi S.p. A. nie jest dopuszczalne. Wskazał także, iż sprawozdania finansowe Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. nie zawierają podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych a jedynie podpisy z - cy dyrektora ds. finansowych, dyrektora i dyr. Oddziału, tym samym nie spełniają one wymagań określonych przepisami o rachunkowości.
6. dokumenty potwierdzające wymagane doświadczenie - Odwołujący wskazał, że z referencji nie wynika fakt należytego wykonania określonych w wykazie zamówień. Referencje nie spełniają wymagań określonych w rozporządzeniu 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.

- a. poz. 1 wykazu oferty - linia kolejowa Rzym - Viterbo - dokumenty, które mają być referencjami, są dokumentami wewnętrznymi wykonawcy, nie pochodzą od zamawiającego (strona 537- 538 wraz z tłumaczeniem 539/540). Dokument na stronach 541/542 oferty konsorcjum Astaldi - tłumaczenie na stronach 543/544 jest dokumentem potwierdzającym zakończenie robót i nie wynika z niego potwierdzenie należytego ich wykonania tj. odebrania ich przez zamawiającego. Z dokumentu tego wynika zakończenie prac budowlanych w ramach 1 stacji podziemnej Quattro Venti, ale nie wykonanie tunelu opisanego w oświadczeniu konsorcjum Astaldi.
- b. poz. 2 wykazu uzupełnienia ofert (poz. 3 wykazu oferty) - metro w Neapolu - z dokumentów wynika, że tunele wykonano metodą NATM (a nie TBM), co nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego. Nie przedstawiono dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Z załączonych na stronach 551-569 oferty protokołów wynika, że prace dotyczące odcinka 4.1 zostały zakończone w dniu 4 lipca 2003 roku, a zatem ponad 5 lat przed wszczęciem postępowania. Gmina Neapol uznaje zgodność czasu niezbędnego na realizację prac na odcinku Piscinola/Dante oraz prac związanych z Magazynem (strona 557 oferty), oświadczenie

Gminy Neapol obejmuje zatem całą 1 linię metra w Neapolu (stacje od stacji Piscinola do stacji Dante), a nie tylko prace objęte wskazanym odcinkiem 4.1., ponieważ prace te, jak wynika z wyjaśnień konsorcjum Astaldi z dnia 20 marca 2009 r. (strona 224), obejmowały jedynie odcinek od stacji Salvator Rosa do stacji Mater Dei. To samo dotyczy odcinka nr 4.2. - prace zostały w większości zakończone w dniu 12 kwietnia 2001 r. (ponad 5 lat przed wszczęciem postępowania), a Gmina Neapol uznaje zgodność czasu niezbędnego na realizację prac na całym odcinku 1 linii metra w Neapolu oraz prac związanych z Magazynem (strona 565 oferty), podczas gdy prace na odcinku 4.2. obejmowały odcinek od stacji Mater Dei do stacji Museo (jak wynika z wyjaśnień konsorcjum Astaldi z dnia 20 marca 2009 r. - strona 225). Prace na odcinku 4.3. zostały zaś zakończone w dniu 24 lutego 2000 r. (jak wynika z wyjaśnień z dnia 20 marca 2009 r. - str. 225). Należy również zauważyć, że dokument załączony w celu potwierdzenia wykonania wskazanych robót wystawiony został na spółkę CO.ME.NA. - wykonawcę zamówienia a Astaldi. S.pA był jedynie udziałowcem tej spółki.

9

- c. poz. 3 wykazu uzupełnienia oferty (poz. 2 wykazu oferty) - metro Brescii - z uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp referencji nie wynika czy zostały wystawione przez odpowiedniego zamawiającego; dokument nie potwierdza wyposażenia stacji w niezbędne systemy, instalacje i urządzenia. Dodatkowo konsorcjum Astaldi zarówno w pierwotnej ofercie jak i w jej uzupełnieniu przedstawiło wyłączenie dokumenty potwierdzające zakończenie robót.
- d. poz. 4 wykazu oferty – metro w Genui – z referencji nie wynika czy zostały wystawione przez odpowiedniego zamawiającego. Oświadczenie uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wskazuje, że pochodzi ono od podmiotu nie będącego zamawiającym, a mianowicie od Stowarzyszenia Inżynierów Prowincji Genua. Zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami wskazane w tej pozycji prace były ukończone w sierpniu 2003 r. (zatem nie spełniają warunku zakończenia w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania).

Zamówienia wykazane przez Gülermak Agr Sanayi Insaat ve Taahhut AS - *dalej Gülermak* - nie zostały wykonane w zakresie, na jaki wskazują przedłożone przez konsorcjum Astaldi dokumenty

- a. usługa poz. 1 wykazu - system szynowej komunikacji miejskiej Otogar -Bagcilar oraz system szynowej komunikacji miejskiej Kirazli - Ikitelli -Olimpiyat Koyu – dokument nie potwierdza wyposażenia stacji w niezbędne systemy, instalacje i urządzenia.
- b. usługa poz. 2 wykazu - lekkie metro w Stambule, odcinek Yenibosna-Havaalani - dokument ten potwierdza wykonanie prac elektromechanicznych i wykończeniowych, nie potwierdza zatem doświadczenia wykonawcy w zakresie wymaganym zgodnie z treścią SIWZ. Ponadto dokument ten zaświadcza, że prace zostały zakończone (i odebrane) w dniu 29 października 2002 r. (czyli ponad 5 lat przed wszczęciem postępowania). Nie może mieć przy tym znaczenia fakt, że ostateczny odbiór dokonany został po 12 miesiącach od odbioru wstępnego, po upływie okresu gwarancji. Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, wykonawca winien załączyć wykaz wykonanych robót budowlanych, nie zaś wykaz zakończonych umów (w takim przypadku warunek spełniałyby również roboty wykonane np. 10 lat przed wszczęciem postępowania, jeśli okres gwarancji upływałby w okresie 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania).

10

III. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp - Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum Astaldi została złożona przez podmiot nieuprawniony do reprezentacji wykonawców, wchodzących w skład konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum Astaldi winna zostać odrzucona w świetle art. 39 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp. Z treści załączonego do oferty konsorcjum Astaldi odpisu

z rejestru Izby Handlowej, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Rzymie (Camera di Commercio Roma) wynika, że Giuseppe C., który podpisał pełnomocnictwo dla Francesco P. S. (strony 1-4 oferty), nie posiada uprawnień do złożenia oferty w imieniu Astaldi S.p.A w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z informacjami zawartymi w rejestrze Astaldi S.p.A. (strony 41-42 oraz 116 i 117 oferty) Giuseppe C. ma uprawnienia do podpisywania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego do wartości 600 mln euro, obliczonej na podstawie wartości oferty albo wartości inwestycji. W dniu składania ofert Giuseppe C. nie miał uprawnień do złożenia oferty na wartość 4.117.500.000 zł. brutto. udzielone przez niego pełnomocnictwo dla Francesco P. S. jest nieskuteczne w zakresie wykraczającym poza zakres uprawnień samego Giuseppe C.

Odwolujący podniósł, że pełnomocnictwa udzielone przez Gülermak Agr Sanayi Insaat ve Taahhut AS. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. dla Astaldi S.p.A zostały udzielone później (tj. 9 i 13 lutego 2009 roku) niż pełnomocnictwo Astaldi S.p.A podpisane przez Giuseppe C. dla Francesco P. S. (jak wynika z apostille - przed 24 grudnia 2008 r.). Tym samym Francesco P. S. nie jest także upoważniony do reprezentowania tych podmiotów.

Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że pełnomocnictwo udzielone dla Francesco P. S. przez Giuseppe C. nie zostało oznaczone datą, jednakże jest ono poświadczane przez apostille z dnia 24 grudnia 2008 r., co oznacza że w dniu 24 grudnia 2008 r. pełnomocnictwo to było już podpisane przez Giuseppe C. Tymczasem pełnomocnictwo dla Astaldi S.p.A. podpisane przez uprawnionych przedstawicieli Gülermak, jest oznaczone datą 6 lutego 2009 r. Zatem dopiero od dnia 6 lutego 2009 r. Astaldi S.p.A uprawnione jest do reprezentowania Gülermak Agr Sanayi Insaat ve Taahhut AS. w zakresie czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego dopiero po dniu 6 lutego 2009 r. możliwe było udzielenie dalszego pełnomocnictwa do reprezentowania Gülermak przez osobę uprawnioną do reprezentowania Astaldi S.p.A. (Giuseppe C.) dla Francesco P. S. Odwołujący wywiódł zatem, że pełnomocnictwo udzielone przed tą datą (czyli pełnomocnictwo z poświadczeniem apostille z dnia 24 grudnia 2008 r.) nie uprawnia Francesco P. S. do reprezentowania Gülermak w przedmiotowym postępowaniu.

11

Podobnie pełnomocnictwo udzielone przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. dla Astaldi S.p.A zostało udzielone później (tj. 13 lutego 2009 roku) niż pełnomocnictwo Astaldi S.p.A podpisane przez Giuseppe C. dla Francesco P. S. (jak wynika z apostille -przed 24 grudnia 2008 r.).

IV. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 – dotyczy Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego Przedmiotu Zamówienia

Zgodnie z treścią harmonogramu załączonego do oferty Konsorcjum Astaldi – oferuje on wykonanie projektów budowlanych oraz opracowanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo - finansowego przedmiotu zamówienia, a także specyfikacji technicznej wykonania odbioru robót budowlanych w okresie 10 miesięcy, a nie w ciągu 300 dni, jak wymagał tego Zamawiający. Ponadto harmonogram nie został sporządzony w całości w języku polskim, co stanowi o niezgodności oferty konsorcjum Astaldi z art. 9 ust. 2 pzp (zgodnie z którym postępowanie prowadzi się w języku polskim). Harmonogram załączony do oferty konsorcjum Astaldi nie został podpisany przez osobę, która podpisała ofertę w imieniu wszystkich konsorcjantów. Dokument ten został jedynie parafowany przez osobę, która w założeniu występuje jako osoba umocowana do reprezentowania członków konsorcjum Astaldi - Francesca P. S. (zgodnie z załączonym do oferty wzorem podpisu i jego parafy (strona 6 oferty). W wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2009 roku konsorcjum Astaldi załączyło nowy wstępny harmonogram rzeczowy, podpisany przez Francesco P. S. Uzupelnienie wstępnego harmonogramu rzeczowego nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 26 ust. 3 pzp, ponieważ wstępny harmonogram rzeczowy nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp, nie podlega zatem uzupelnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

V. naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający zaniechał zwrócenia się do konsorcjum Astaldi o udzielenie w określonym

terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Astaldi, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że dokonał analiz finansowych i szacunków na podstawie których doszedł do wniosku, że wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Programem Funkcjonalno - Użytkowym, wymaganiami Zamawiającego i polskimi przepisami nie jest możliwe w cenie wskazanej w ofercie konsorcjum Astaldi.

12

Zarzuty dotyczące konsorcjum COVEC podniesione przez Konsorcjum Mostostal

I. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp oraz art. 24 ust. 1 pzp – złożenie dokumentów nie potwierdzających warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów zawierających błędy.

1. W ofercie nie przedstawiono prawidłowych dokumentów, potwierdzających że nie otwarto likwidacji, nie ogłoszono upadłości, nie orzeczono zakazu ubiegania się i udzielenie zamówienia dla China Railway Tunnel Group Co.- CRT, Shanghai Construction (Group) General Co. – SCG oraz China Overseas Engineering Group Co.- COVEC.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 oraz 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 mają być składane wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedstawić w ofercie dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Dopiero w przypadku, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się tego typu dokumentów, 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. Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania, w ofercie konsorcjum COVEC przedstawione zostały oświadczenia China Railway Tunnel Group Co., Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co., iż wobec tych podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz że nie orzeczono wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienie.

Na wezwanie Zamawiającego konsorcjum COVEC wyjaśniło w piśmie z dnia 20 marca 2009 r., że w Chińskiej Republice Ludowej w poszczególnych dystryktach istnieją różne systemy prawne dotyczące organizacji poszczególnych organów administracji publicznej, sądów i innych instytucji i nie jest możliwe złożenie oświadczenia, że we wszystkich dystryktach Chińskiej Republiki Ludowej nie jest możliwe uzyskanie dokumentów potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Ze złożonych wyjaśnień wynika zatem, że w Chińskiej Republice Ludowej są dystrykty, w których takie zaświadczenia się wydaje, oraz inne, w których tego typu zaświadczeń się nie wydaje. W świetle złożonych przez konsorcjum COVEC wyjaśnień należy stwierdzić, że w odniesieniu do China Railway Tunnel Group Co., Shanghai

13

Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co. konsorcjum zobowiązane było do przedstawienia zaświadczeń z dystryktów, w których uzyskanie zaświadczeń jest możliwe, a w pozostałym zakresie każdy z wymienionych podmiotów powinien złożyć oświadczenie. Należy więc uznać, że złożenie oświadczenia, że wobec wskazanych podmiotów nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, ani nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, jest niewystarczające w świetle przepisów powołanego rozporządzenia.

Odwołujący podniósł, że stosowne oświadczenia powinny być złożone przed notariuszem, co oznacza, iż konieczne jest ich złożenie w obecności notariusza. Tymczasem z oświadczeń przedstawionych przez China Railway Tunnel Group Co., Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co. wynika, że są to wyłącznie

oświadczenia z notarialnym poświadczeniem autentyczności podpisu i pieczęci. Oświadczenie Shanghai Construction (Group) General Co. zostało złożone w dniu 5 stycznia 2009 r. (strona 21 i 19 oferty), podczas gdy poświadczenie autentyczności podpisu i pieczęci zostało dokonane w dniu 20 stycznia 2009 r. (strona 22 i 50 oferty), co dowodzi, iż oświadczenie to nie zostało złożone w obecności notariusza. Podobnie w przypadku COVEC. Odwołujący wskazał, że konsorcjum COVEC było już wezwane do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie, zatem kolejne wezwanie do uzupełnienia nie jest dopuszczalne w świetle brzmienia oraz przyjętej wykładni treści art. 26 ust. 3 pzp.

2. W ofercie nie przedstawiono dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu dla COVEC, SCG, CRT.

W ofercie COVEC przedstawione zostały oświadczenia China Railway Tunnel Group Co., Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co., iż wskazane podmioty nie zalegają z zapłatą podatków i opłat. Na wezwanie Zamawiającego konsorcjum COVEC wyjaśniło w piśmie z dnia 20 marca 2009 r., że w poszczególnych dystryktach istnieją różne systemy prawne dotyczące organizacji poszczególnych organów administracji publicznej, sądów i innych instytucji i nie jest możliwe złożenie oświadczenia, że we wszystkich dystryktach Chińskiej Republiki Ludowej nie jest możliwe uzyskanie dokumentów potwierdzających niezaleganie z zapłatą podatków i opłat. Z wyjaśnień wynika zatem, że są dystrykty, w których takie zaświadczenia się wydaje oraz inne, w których tego typu zaświadczeń się nie wydaje. W świetle złożonych przez konsorcjum COVEC wyjaśnień należy stwierdzić, że w odniesieniu do China Railway Tunnel Group Co., Shanghai

14

Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co. konsorcjum zobowiązane było do przedstawienia zaświadczeń z dystryktów, w których ich uzyskanie jest możliwe, a w pozostałym zakresie wskazani wykonawcy powinni złożyć oświadczenie o niezaleganiu z zapłatą podatków. Należy więc uznać, że złożenie oświadczenia, że wskazane podmioty nie zalegają z zapłatą podatków, jest niewystarczające w świetle przepisów powołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Należy również wskazać, że oświadczenia o niezaleganiu z zapłatą podatków i opłat winny być złożone przed notariuszem. Z oświadczeń przedstawionych przez China Railway Tunnel Group Co., Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co. wynika, że są to wyłącznie oświadczenia z notarialnym poświadczeniem autentyczności podpisu i pieczęci. Ponieważ konsorcjum COVEC było już wezwane do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie, kolejne wezwanie do uzupełnienia nie jest dopuszczalne w świetle brzmienia oraz przyjętej wykładni treści art. 26 ust. 3 pzp.

3. W ofercie nie przedstawiono dokumentów, potwierdzających, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem 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 dla COVEC, SCG, CRT.

W ofercie COVEC przedstawiono oświadczenia China Railway Tunnel Group Co., Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co., iż wskazane podmioty nie zalegają z zapłatą opłat i składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Oprócz tego wykonawcy - Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co. przedstawili zaświadczenia o niezaleganiu z zapłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne (strona 42 i 43 oferty - zaświadczenie SCG oraz strona 89 i 90 oferty - zaświadczenie COVEC). Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających niezaleganie z zapłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne China Railway Tunnel Group Co. konsorcjum COVEC wyjaśniło w piśmie z dnia 20 marca 2009 r., że w poszczególnych dystryktach istnieją różne systemy prawne dotyczące organizacji poszczególnych organów administracji publicznej, sądów i innych instytucji i nie jest możliwe złożenie oświadczenia, że we wszystkich dystryktach Chińskiej Republiki Ludowej nie jest możliwe uzyskanie dokumentów potwierdzających niezaleganie z zapłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne. Powyższe wyjaśnienia budzą wątpliwości, skoro

pozostałe dwa podmioty wchodzące w skład konsorcjum - Shanghai Construction (Group) General Co. oraz China Overseas Engineering Group Co., załączyły wymagane zaświadczenia. Oświadczenia nie zostały złożone przed notariuszem. Z oświadczenia China

15

Railway Tunnel Group Co. (przedstawionego w ofercie i następnie na wezwanie Zamawiającego) wynika, że jest to wyłącznie oświadczenie z notarialnym poświadczeniem autentyczności podpisu i pieczęci, należy zatem uznać, że konsorcjum COVEC nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie wskazanego warunku, niezależnie od tego, czy stosowny dokument urzędowy jest możliwy do uzyskania w Chińskiej Republice Ludowej czy też nie. Odwołujący podniósł, że również ten dokument nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp na obecnym etapie postępowania, ponieważ konsorcjum COVEC było wzywane do wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie.

4. brak potwierdzenia, że wykonawca posiada zdolność kredytową.

Odwołujący wskazał na treść promesy bankowej w ofercie konsorcjum Covec wystawionej przez Bank of China (strony 563-578 oferty) gdzie określono, że „niniejsza promesa jedynie wskazuje zamiar wsparcia wymienionego Projektu ze strony banku. Nie należy jednak traktować tego jako podjęcie przez bank konkretnego zobowiązania. Kredyt zostanie oficjalnie udzielony z zastrzeżeniem, że warunki naszego Banku zostaną spełnione oraz spełnione zostaną szczegółowe warunki zgodnie z procedurami bankowymi podejmowania decyzji kredytowych”. Podobnej treści informacja znajduje się w treści listu intencyjnego Bank of China (strony 569-571 oferty). Przedstawione w ofercie promesy nie są zatem zobowiązaniem banku do udzielenia kredytu. To, czy Bank of China faktycznie udzieli kredytu na finansowanie zamówienia, zależy od spełnienia określonych warunków, w tym również polityki kredytowej banku. W związku z nasilającą się tendencją sektora bankowego do prowadzenia restrykcyjnej polityki kredytowej i ograniczania ilości udzielanych kredytów, promesy te nie mogą stanowić potwierdzenia zdolności kredytowej konsorcjum COVEC. Ponadto Odwołujący wskazał na inne funkcje promesy udzielenia kredytu od funkcji zaświadczenia o zdolności kredytowej. W pierwszym przypadku, mamy do czynienia z dokumentem stanowiącym przyrzeczenie zawarcia umowy dotyczącej udzielenia kredytu (dotyczy stosunków pomiędzy bankiem a przyszłym kredytobiorcą), w drugim - stwierdzenia, iż istnieje potencjalna możliwość udzielenia kredytu (dotyczy sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotu, o którym mowa w treści dokumentu). Z kolei, list intencyjny wyraża jedynie określone, ogólnie wyrażone zamiary podmiotu wystawiającego taki list, w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (w przedmiotowym przypadku - działalności bankowej, oszczędnościowo - kredytowej). Reasumując - przedmiotowe dokumenty nie pełnią w obrocie gospodarczym funkcji zaświadczenia o zdolności kredytowej i co za tym idzie, Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych, ażeby na ich podstawie dokonywać oceny spełniania przez Konsorcjum COVEC warunków udziału w prowadzonym

16

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

II. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp – złożenie oferty przez osobę nieuprawnioną.

Pełnomocnictwo do złożenia oferty zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji China Railway Tunnel Group Co. oraz Shanghai Construction (Group) General Co. i China Overseas Engineering Group Co., a także przez osobę uprawnioną do reprezentacji Decoma Sp. z o.o. Do oferty nie zostało natomiast załączone pełnomocnictwo dla Feng N. - dyrektora oddziału China Overseas Engineering Group Co. w Polsce - China Overseas Engineering Group Co. Sp. z o.o. Oddział w Polsce. Tym samym w ofercie nie zostało przedstawione pełnomocnictwo dla osoby, która podpisała ofertę w imieniu konsorcjum COVEC. Z uwagi na wszczęcie niniejszego postępowania przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokumenty pełnomocnictwa nie mogą zostać uzupełnione. Oferta konsorcjum COVEC podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, ponieważ złożona została

przez podmiot nieuprawniony do reprezentacji wykonawców wskazanych w ofercie, jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwolujący wniósł w dniu 28.05.2009 roku, odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście, jednocześnie nie podtrzymując zarzutów dotyczących braku potwierdzenia, że wykonawca Astaldi S. p.A. nie zalega z uiszczeniem opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne oraz nie zalega z uiszczeniem podatków i opłat.

KIO/ UZP 709/09 – odwołanie Konsorcjum COVEC

W dniu 8.05.2009 roku, Konsorcjum COVEC wniosło protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej i wskazało na następujące zarzuty pod adresem oferty Konsorcjum Astaldi:

1. brak spełniania warunku wymaganego doświadczenia zawodowego, określonego w pkt 5.4 rozdziału I siwz.

17

2. zarzut niewłaściwej reprezentacji członków konsorcjum Astaldi - do oferty Konsorcjum Astaldi nie dołączono pełnomocnictwa substytucyjnego. Członkowie Gülermak, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów udzielili pełnomocnictwa spółce Astaldi S.p.A. z prawem do udzielania pełnomocnictwa substytucyjnego. Jednak w ofercie brak takiego pełnomocnictwa – nie jest takim pełnomocnictwem pełnomocnictwo udzielone Paulo S. przez Astaldi S.p.A. Niezależnie od tego, że jest ono opatrzone wcześniejszą datą niż pełnomocnictwo główne, co wyklucza możliwość, że udzielone zostało na mocy pełnomocnictw późniejszych to dodatkowo nie uprawnia Paulo S. do reprezentowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a jedynie do reprezentowania Astaldi S.p.A. Ponieważ Paulo S. nie jest upoważniony do reprezentowania Astaldi S.p.A (nie wynika to z rejestru przedsiębiorców) to należy uznać, że oferta nie została podpisana przez pełnomocnika wykonawców ale jedynie przez pełnomocnika Astaldi S.p.A. Uzupełnienie oferty złożone w dniu 20 marca nie zostało złożone w imieniu konsorcjum, a jedynie w imieniu Astaldi S.p.A., co powoduje że czynności te są nieważne w świetle art. 58 k.c.

3. załączony do oferty Harmonogram Rzeczowy Przedmiotu Zamówienia nie odpowiada treści rozdziału II pkt 10 siwz, nie został wypełniony zgodnie ze wzorem – nie zostały w nim bowiem wskazane terminy wykonania węzła nr 1- przywrócenie terenu w ok. ul. Sokolnej oraz węzła nr 2 – przywrócenie przejezdności skrzyżowania Targowa/ Solidarności.

4. brak wniesienia wadium - gwarancja wadium przedstawiona w ofercie została wystawiona na rzecz spółki Metro Warszawskie Sp. z o.o. tj. nie na beneficjenta a jego pełnomocnika, co powoduje że wadium nie zostało przez Konsorcjum Astaldi wniesione.

5. złożenie oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy pzp przez Gülermak – w oświadczeniu zamieszczono w lewym górnym rogu tą samą pieczęć co w dolnym prawym rogu tj. pieczęć wykonawcy, a zamawiający wymagał w dolnym prawym rogu złożenia podpisów i pieczęci osób upoważnionych do podpisania oferty w imieniu wykonawcy. Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe ustalenie przez kogo zostało podpisane oświadczenie i nie wiadomo czy zostało złożone z regułami reprezentacji.

6. brak potwierdzenia, że członkowie Konsorcjum Astaldi S.p.A oraz Gülermak nie zalegają z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne – złożone dokumenty potwierdzają jedynie niezaleganie w składkach na ubezpieczenie społeczne.

18

7. zarzut niedołączenia do oferty dokumentów potwierdzających wniesienie wadium, co jest niezgodne z pkt 23 rozdziału II siwz, gdzie Zamawiający wymagał, aby

wykonawcy dołączyli do oferty kserokopię poświadczenia przez dział finansowy Metra Warszawskiego Sp z. o.o. dokumentów gwarancji bankowej. Na dokumentach gwarancji bankowej, dołączonej do oferty nie widnieje potwierdzenie, że zostały należycie złożone.

8. zarzut błędnego wypełnienia oferty – Konsorcjum nie wymieniło w formularzu oferty, mimo istnienia takiego obowiązku, wszystkich załączników dołączonych do oferty, co jest sprzeczne w wymogami pkt 4 i pkt 10 rozdziału II siwz.
9. zarzut niepoświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów załączonych do oferty oraz nie poświadczenia tłumaczeń dokumentów sporządzonych w języku obcym, złożonych przez Astaldi S.p.A oraz Gülermak, co jest sprzeczne z pkt 5 i 8 rozdziału II siwz. Z treści pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2008 roku dla Paulo S. nie wynika upoważnienie do poświadczenia za zgodność z oryginałem oraz poświadczenia tłumaczenia dokumentów składanych przez Astaldi S.p.A. Podobnie upoważnienie takie nie wynika z treści pełnomocnictwa z dnia 4 lutego dla Mustafa T., który poświadczył kopie za zgodność z oryginałem oraz potwierdził tłumaczenia w imieniu spółki Gülermak.
10. na stronach oferty Konsorcjum widnieją jedynie parafy a nie podpisy, co jest sprzeczne z pkt 5 rozdziału II.- zarzut niepodpisania wszystkich stron oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udziału w postępowaniu protestacyjnym wywołanym wniesieniem protestu przez Konsorcjum COVEC, w dniu 11.05.2009 roku, zgłosili swoje przystąpienia:

- a) Konsorcjum Astaldi, określając swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.
- b) Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. określając swoje przystąpienie po stronie Protestującego COVEC z wnioskiem o odrzucenie protestu.

Zamawiający w dniu 18.06.2009 roku oddalił protesty wniesione przez obu Odwołujących się, wyjaśniając co następuje:

19

W odniesieniu do zarzutów wspólnych podniesionych przez obu Odwołujących się tj. niewłaściwej reprezentacji Konsorcjum Astaldi – wskazał, że pełnomocnictwo dla pana Francesco P. S. nie może zostać uznane za pełnomocnictwo substytucyjne w stosunku do pełnomocnictw z dnia 6 i 13 lutego. Zamawiający wyjaśnił, że członkowie konsorcjum udzielili pełnomocnictwa dla Astaldi S.p.A, natomiast Francesco P. S. jest upoważniony do reprezentowania Astaldi S.p.A, również w konsorcjum z innymi firmami. Francesco P. S. otrzymał pełnomocnictwo do występowania w imieniu i na rzecz Astaldi S.p.A, która została upoważniona do reprezentowania członków Konsorcjum w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, z prawem ustanawiania innych pełnomocników. Data udzielenia poszczególnych pełnomocnictw nie ma wpływu na skuteczność czynności pełnomocnika Francesco P. S.

Zamawiający podniósł, że wskazany przez Odwołującego Mostostal Warszawa S.A. przepis art. 39 k.c. dotyczy braku umocowania organu osoby prawnej, do zawarcia umowy w imieniu tej osoby prawnej a Giuseppe C. nie zawarł umowy, lecz jedynie podpisał ofertę. Zawarcie umowy i złożenie oferty to dwie odrębne czynności prawne. Wskazał także na brzmienie art. 17 § 3 kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym czynność prawna dokonana bez zgody właściwego organu spółki, wymaganej wyłącznie przez umowę spółki albo statut, jest ważna, jednakże nie wyklucza to odpowiedzialności członków zarządu wobec spółki z tytułu naruszenia umowy spółki lub statutu. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, że Giuseppe C. przekroczył zakres swoich uprawnień, w jego ocenie nie można bowiem uznać, iż o Giuseppe C. (pełnomocnik przez niego ustanowiony) złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie. Nie jest to bowiem „wartość oferty”, lecz oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, który zobowiązują się wykonać wszyscy Wykonawcy składający wspólną ofertę. Oferta została podpisana wspólnie przez osoby uprawnione do reprezentowania każdego z Wykonawców, co oznacza, że każdy z reprezentantów poszczególnych Wykonawców podpisał ofertę, w granicach umocowania.

Udziały poszczególnych uczestników konsorcjum zostały określone w gwarancjach bankowych dotyczących wadium, z których wynika, że skoro Astaldi S.p.A ma udział 45 % w cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia to nie można mówić o przekroczeniu uprawnień przez Giuseppe C. Zamawiający podzielił stanowisko Przystępującego Konsorcjum Astaldi, że złożenie oferty jest w istocie zaciągnięciem zobowiązania do wysokości wadium. Powołał się na orzeczenie KIO /UZP/ 1164/08, z którego wynika, że „złożenie oferty nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania”.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp - brak zabezpieczenia oferty wadium, Zamawiający wskazał, że bezzasadne jest stanowisko Odwołującego, iż „oferta konsorcjum Astaldi S.p. A., od daty złożenia wyjaśnień i uzupełnień,

20

utraciła zabezpieczenie wadium”. Złożenie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów nie oznacza, iż Wykonawcy ci złożyli nową, kolejną ofertę. Zgodnie z przepisami art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy pzp, wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, dotyczy dokumentów określonych w przepisach art. 25 ust. 1 w/w ustawy. Zgodnie z przepisami art. 66 § 1 k.c., ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Jak więc wynika z powyższych przepisów, oferta jest to wiążąca propozycja zawarcia umowy na warunkach określonych przez składającego ofertę. Konsorcjum, którego liderem jest Astaldi S.p.A. dokonało jedynie uzupełnienia dokumentów zawierających błędy i wyjaśnienia do złożonych dokumentów. Natomiast nadal wiążąca jest oferta złożona przez wyżej wymienione Konsorcjum w dniu 16 lutego 2009r., a Zamawiający dokonywał oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, porównując tę ofertę.

Nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołującego Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., że złożona gwarancja wadium, przez użycie w niej sformułowania „będąc poinformowany o wyborze jego oferty w okresie jej ważności” jest gwarancją warunkową. Obowiązek poinformowania o wyborze wynika z treści art. 92 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający wskazał także na brzmienie art. 94 ust. 1 i art. 94 ust. 1 a ustawy pzp i wywiódł, że wymóg poinformowania wykonawcy o wyborze jego oferty wynika z przepisów prawa, zatem zapis w gwarancji wadium jest zgodny.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego przez Odwołującego Konsorcjum COVEC (zarzut nr 4) dotyczącego wniesienia przez Konsorcjum Astaldi wadium na rzecz niewłaściwego podmiotu, wskazując jako beneficjenta nie Zamawiającego a jego pełnomocnika – Merto Warszawskie Sp. z o.o., Zamawiający wskazał na treść pytania nr 739 przedstawionego w piśmie nr 18 z dnia 11 lutego 2009r., gdzie stwierdził, iż „zgodnie z zapisami pkt 23 Rozdziału II SIWZ - gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, w formie której jest wnoszone wadium, powinno być składane na rzecz Zamawiającego, którym jest zgodnie z pkt 1. Rozdziału I SIWZ i pkt 1.1. OWU - Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz, którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. Oznacza to, że gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa może być wystawiona na Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, jak i na Metro Warszawskie Sp. z o.o. Zarząd Transportu Miejskiego reprezentuje bowiem Miasto Stołeczne Warszawa, a Metro Warszawskie działa w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa. Zamawiający podniósł, że skoro treść tego pisma była znana wcześniej to Odwołujący COVEC nie zgadzając się z tymi ustaleniami mógł złożyć protest w ustawowym terminie, czego nie uczynił.

21

Dodatkowo wskazał, że podstawą działania Metra Warszawskiego Sp. z o.o. jest oprócz pełnomocnictwa także umowa zawarta z Miastem Stołecznym Warszawa z dnia 23 stycznia 2003 roku o zastępstwie inwestycyjnym i przytoczył brzmienie postanowień § 1 ust. 1 tej umowy. Ponadto zapisy aktu założycielskiego Spółki Metro Warszawskie Sp. z o.o. uprawniają ją do wykonywania w imieniu miasta stołecznego Warszawy wszystkich czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania. Zamawiający wskazał także na treść art. 95 § 2 k.c. zgodnie z którym

czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego.

W odniesieniu do zarzutu (zarzut nr 7) podniesionego przez Konsorcjum Covec dotyczącego naruszenia pkt 23 rozdziału I siwz, gdzie Zamawiający wymagał aby wykonawca lub wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie dołączyli do oferty kserokopię poświadczenia przez dział finansowy Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dokumentu gwarancji wadialnej. Zamawiający wskazał, że jest to jedynie uchybienie formalne a Konsorcjum Astaldi wniosło wadium w sposób prawidłowy, co Zamawiający ogłosił przy otwarciu ofert.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wymaganego doświadczenia zawodowego przez Konsorcjum Astaldi, podniesionego w protestach przez obu Odwołujących się, Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Astaldi w wyniku wezwania Zamawiającego wykazało:

1. w ramach warunku określonego w ppkt 1) pkt 5.4. Rozdziału 1 siwz - wykonanie łącznie 25.584 m tunelu (Astaldi S.p.A - poz. 1 wykazu: 2300 m. poz. 2 wykazu: 4800 m. poz. 4 wykazu: 3560 m; Gulermak - poz. 1 wykazu: 6155 m i 8769m).
2. w ramach warunku określonego w ppkt 2) pkt 5.4. Rozdziału 1 siwz - wykonanie 10 stacji (Astaldi S.p.A - poz. 1 wykazu: 1 stacja, poz. 2 wykazu: 4 stacje, poz. 4 wykazu: 2 stacje; Gulermak - poz. 1 wykazu: 3 stacje),
3. w ramach warunku określonego w ppkt 3 pkt 5.4, Rozdziału 1 siwz - wykonanie 9 stacji (Astaldi S.p.A - poz. 1 wykazu: 2 stacje, poz. 3 wykazu: 2 stacje; Gulermak - poz. 1 wykazu: 5 stacji).

Z uzupełnionych dokumentów jednoznacznie wynika, że konsorcjum Astaldi spełnia warunek doświadczenia zawodowego. Odwołujący nie przedstawili natomiast żadnych dowodów potwierdzających nieprawdziwe informacje, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. „Wydruki ze stron internetowych” nie stanowią takich dowodów, tym bardziej że nie wiadomo jakiej daty dotyczą informacje w nich zawarte, zatem mogą być nieaktualne.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz forem, w jakich te dokumenty mogą być

22

składane wymagał, aby dokumenty potwierdzały, że wykonawcy „zakończyli w wymaganym okresie” zakres robót określony w pkt 5.4 rozdziału I siwz. Dodał także, powołując się na orzecznictwo (KIO/ UZP 58/07, KIO/UZP/ 27/08, KIO/UZP 426/08, SO W Gliwicach z dnia 16 października 2007 roku X Ca 158/07) w tym zakresie, że Zamawiający nie miał prawa stawiać dodatkowych wymagań co do treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień.

Złożone przez Konsorcjum Astaldi S.p. A, w ramach uzupełnienia, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót wymienione w wykazach robót obejmują roboty wykonane przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie ma żadnego znaczenia dla uznania prawidłowości powyższych dokumentów fakt, iż zostały one „opatrzone datą późniejszą, niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert” (datą marcową).

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem dotyczącym złożenia dokumentów uzupełnionych o zmienionej treści. Taką możliwość dopuszczają przepisy art. 26 ust. 3 ustawy pzp, co potwierdziła KIO w wyroku KIO/UZP 58/07 oraz KIO/UZP 531/08.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego Przedmiotu Zamówienia Zamawiający stwierdził, że w graficznie przedstawionym harmonogramie nie został przekroczony 300 - dniowy termin wymagany przez Zamawiającego na wykonanie projektów budowlanych oraz opracowanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo - finansowego przedmiotu zamówienia, a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Natomiast nie przetłumaczony na język polski zapis w języku angielskim, nie dotyczy zakresu Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego wymaganego przez Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowym, którego wzór stanowił integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znajduje się adnotacja (pkt b) o treści: „Harmonogram może zostać uszczegółowiony przez Wykonawcę według jego potrzeb - powyższy wzór jest wariantem minimum wstępnego harmonogramu rzeczowego”.

Zamawiający nie zgodził się, także z twierdzeniem, iż Wstępny Harmonogram Rzeczowy złożony przez Konsorcjum Astaldi S.p.A., nie został prawidłowo podpisany. Jak wynika ze Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego przedstawionego w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum Astaldi S.p.A., zawierającego pieczętkę imienną Francesco P. S. wraz harmonogram złożony wraz z ofertą został podpisany prawidłowo przez Francesco P. S. Załączony do wyjaśnień Wstępny Harmonogram Rzeczowy, nie jest nowym wstępnym harmonogramem rzeczowym. Jest on bowiem takiej samej treści (kopia) jak Wstępny

23

Harmonogram Rzeczowy załączony do oferty, zawierający jedynie pieczętkę imienną, potwierdzającą, że harmonogram ten został podpisany przez Francesco P. S. W ocenie Zamawiającego Wstępny Harmonogram Rzeczowy podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym uzupełnieniu podlegają oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Przez użycie w § 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, sformułowania „w szczególności”, dopuszczono uzupełnienie także innych niż wprost wymienione w tym rozporządzeniu dokumentów.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku właściwego potwierdzenia przez Astaldi S.p.A. faktu niezalegania z opłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne, Zamawiający wskazał, że brak jakichkolwiek podstaw do uznania, iż zaświadczenie złożone przez Konsorcjum Astaldi S.p.A. potwierdzające niezaleganie w zapłacie składek w I.N.I.L (Państwowym Zakładzie Ubezpieczeń od Wypadków przy Pracy), I.N.P.S. (Krajowym Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych) oraz C.E.M.A. (Budowlanej Kasie Ubezpieczeń Społecznych), nie potwierdza faktu niezalegania przez Astaldi S.p.A. w zapłacie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Zamawiający wskazał, że Odwołujący Mostostal na którym ciąży obowiązek udowodnienia faktu, zgodnie z art. 6 k.c. nie przedstawił dowodu na okoliczność, że dokumenty te są niewłaściwe. Ponadto wskazał, że w przystąpieniu do protestu Konsorcjum Astaldi potwierdziło, iż zaświadczenie złożone wraz z ofertą zawiera potwierdzenie pełnego zakresu obowiązujących we Włoszech składek w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, i jako takie jest odpowiednikiem wydawanego w Polsce zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Zamawiający nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołujących, że w ofercie konsorcjum Astaldi brak dokumentu potwierdzającego niezaleganie w opłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne dla Gülermak – członka konsorcjum. Załączone do oferty zaświadczenie potwierdza fakt niezalegania w płatnościach z tytułu należnych składek na ubezpieczenie społeczne objętych „ustawą nr 5510 o Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych i Ogólnym Ubezpieczeniem Zdrowotnym”. Zamawiający powołał się na orzeczenie zespołu arbitrów z dnia 15 marca 2007 roku UZP/ZO/0-232/07, zgodnie z którym wykładni przepisów rozporządzenia nie można dokonywać w oderwaniu od systemu prawnego obowiązującego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia niezalegania w zapłacie podatków przez Astaldi S.p.A., zgłoszonego przez konsorcjum Mostostal Warszawa S.A.-

24

Zamawiający stwierdził, że zaświadczenie Dyrektora Biura Urzędu Skarbowego w Rzymie złożone wraz z ofertą potwierdzające, że Astaldi S.p.A. złożyła deklaracje podatkowe dotyczące uiszczania podatków bezpośrednich; podatków pośrednich przewidzianych przez obowiązujące przepisy prawa i dokonała odpowiadających tym deklaracjom wpłat potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przedmiotowe zaświadczenie jest dokumentem, o którym mowa w przepisach § 2 ust. 1 pkt 1 b rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.

W odniesieniu do zaświadczenia o niezaleganiu w zapłacie podatków przez Gülermak, Zamawiający wskazał, że ze złożonego wraz z ofertą zaświadczenia o braku zaległości podatkowych, wydanego na wniosek wykonawcy, w sposób właściwy dla organu wydającego

przedmiotowe zaświadczenie - co wynika nie tylko z nazwy organu podatkowego (Internetowy Urząd Podatkowy), lecz również z informacji o poprawności danych i sposobu ich ewentualnego sprawdzenia.

Z przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie wynika iż przedmiotowe zaświadczenie nie może być składane w postaci dokumentu elektronicznego. Zamawiający zgodził się z twierdzeniem Przystępującego Konsorcjum Astaldi, że standardem staje się wydawanie różnego typu zaświadczeń przez generowanie tych zaświadczeń bezpośrednio z systemu komputerowego. Przepisy prawa polskiego, jak i praktyka podmiotów publicznych (w tym również organów podatkowych), również dopuszczają wymianę informacji drogą elektroniczną, w tym dokumentów elektronicznych, pomiędzy podmiotami publicznymi a podmiotami niebędącymi podmiotami publicznymi.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia sytuacji finansowej i ekonomicznej przez Astaldi S.p.A. przez załączenie bilansów, które są bilansami skonsolidowanymi całej grupy kapitałowej, Zamawiający wskazał, że Konsorcjum, którego Liderem jest Astaldi S.p.A., złożyło bilanse oraz rachunki zysków i strat Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum -w tym również „skonsolidowany bilans” za lata 2005, 2006 i 2007 Astaldi S.p.A – potwierdzające, iż Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia łącznie spełniają powyższy warunek średniego rocznego przychodu, określony w pkt 5.2 Rozdziału I siwz.

Bilanse skonsolidowane Astaldi S.p.A. za poszczególne, lata zostały sporządzone w sposób zgodny z wymogami Międzynarodowych Standardów Sprawozdawczości Finansowej przyjętymi w Unii Europejskiej, a także z zarządzeniami wydanymi w ramach realizacji art. 9 Dekretu z mocą ustawy nr 38/2005.

Za bezzasadny Zamawiający uznał zarzut, iż bilans i rachunek Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych przepisami o rachunkowości,

25

ponieważ nie zawiera podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, a jedynie podpisy z - cy dyrektora ds. finansowych, dyrektora i dyrektora oddziału. Z opinii biegłych rewidentów dokonujących badania sprawozdania finansowego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. wynika, że przedmiotowe sprawozdanie finansowe spełnia wymagania określone przepisami prawa.

W odniesieniu do zarzutu zgłoszonego przez Odwołującego Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., dotyczącego podania ceny rażąco niskiej i braku zwrócenia się do Konsorcjum z prośbą wyjaśnienie w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający stwierdził, że nie ma podstaw do takich podejrzeń, tym bardziej że cena jest wyższa od ceny jaką zamawiający pierwotnie przeznaczył na finansowanie zamówienia, ogłoszonej przed otwarciem ofert a Odwołujący Mostostal nie przedstawił żadnych dowód potwierdzających swoje stanowisko.

W odniesieniu do zarzutów zgłoszonych przez Konsorcjum COVEC – w zakresie zarzutu dotyczącego braku załączenia do oferty oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez Gülermak (zarzut nr 7) z uwagi na fakt zamieszczenia tej samej pieczęci na tym dokumencie, Zamawiający wskazał, że oświadczenie zostało podpisane prawidłowo a brak pieczęci imiennej jest jedynie uchybieniem formalnym, nie skutkującym odrzuceniem oferty.

Za uchybienie natury formalnej Zamawiający uznał także nie wykazanie w ofercie Konsorcjum Astaldi wszystkich załączonych do oferty dokumentów (zarzut nr 8).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego podpisania tłumaczeń zawartych w ofercie przez osobę nieupoważnioną. Zarówno Francesco P. S. jak i Mustafa T. – w imieniu Gülermak – byli upoważnieni do reprezentowania i podpisywania dokumentów.

Za bezzasadny uznał także zarzut dotyczący braku podpisania wszystkich stron oferty Konsorcjum Astaldi. Z postanowienia pkt 5 rozdziału II siwz wynika, że wykonawca był zobowiązany podpisać wszystkie strony oferty oraz załączniki ale tylko te które były wystawiane przez wykonawcę lub wykonawców. Wykonawca nie miał natomiast obowiązku podpisywać załączników do oferty wystawionych przez inne osoby – gdyż są one już

Zarzuty Konsorcjum Mostostal Warszawa zgłoszone przeciw Konsorcjum COVEC.

W odniesieniu do zarzutów zgłoszonych przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. pod adresem oferty Konsorcjum COVEC, Zamawiający wskazał, że zarzuty te są w całości bezzasadne, w szczególności nie zgodził się z zarzutem, że Konsorcjum COVEC nie złożyło dokumentów, wystawionych w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę, potwierdzających że nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów, Konsorcjum Covec przedłożyło wyjaśnienia, iż dla wykonawców będących członkami Konsorcjum, mających siedziby w Chińskiej Republice Ludowej dokumentów takich nie wydaje się. Na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej w poszczególnych dystryktach istnieją różne systemy prawne dotyczące organizacji poszczególnych organów administracji publicznej, sądów i innych instytucji. Konsorcjum COVEC wyjaśniło, iż w przypadku członków Konsorcjum mających siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej nie istnieją podstawy prawne, ani procedury, które umożliwiałyby uzyskanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określonych w pkt 5 Rozdział I siwz. Natomiast oświadczenia przedstawione wraz z ofertą przez członków Konsorcjum mających siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej, zostały złożone przed notariuszem. Przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie nakładają na Wykonawcę obowiązku składania w formie aktu notarialnego, lecz jedynie przyjęcia tego oświadczenia przez notariusza. Nie ma więc w tym przypadku znaczenia, że dane oświadczenie ma inną datę niż data stawiennictwa przed notariuszem. Zamawiający powołał się na orzeczenia UZP/ ZO/ 658/07 oraz KIO/UZP/ 297/08.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia zdolności finansowej do wykonania zamówienia, Zamawiający wskazał, że promesy wystawione przez Bank of China są dokumentami potwierdzającymi zdolność kredytową wykonawcy. W ocenie Zamawiającego nie ma znaczenia, że w treści dokumentu bank zawarł informację, że „udzieli kredytów, jeżeli warunki „naszego banku zostaną spełnione oraz zostaną spełnione szczegółowe zgodnie z procedurami bankowymi podejmowania decyzji kredytowych”. Wg. Zamawiającego w każdym przypadku udzielenie przez bank kredytu jest uzależnione od spełniania określonych warunków przez występującego o kredyt.

W odniesieniu do zarzutu niewłaściwej reprezentacji Wykonawcy Konsorcjum COVEC i barku upoważnienia do występowania w imieniu COVEC przez Feng N., Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 87 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej „przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Feng N., jak wynika z odpisu z rejestru, został nie tylko upoważniony do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego ale również wchodzi w skład organu uprawnionego do reprezentacji oddziału stanowiącego spółkę z .o.o. jako jej dyrektor, ma zatem prawo reprezentować spółkę oraz udzielać pełnomocnictw jako organ tej spółki.

KIO/UZP/603/09

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o oddaleniu protestu Odwołujący – Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. złożył w dniu 28 maja 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię przekazał tego samego dnia Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście, podtrzymując wszystkie zarzuty zawarte w proteście za wyjątkiem zarzutów dotyczących braku potwierdzenia faktu niezalegania przez Gülermak Agr Sanayi oraz Astaldi S.p. A. w zapłacie składek na ubezpieczenie zdrowotne oraz braku potwierdzenia niezalegania przez Astaldi S.p.A w

zapłacie podatków.

Zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Astaldi oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, wskazał na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 i art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

W zakresie zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum COVEC oraz zaniechania odrzucenia jego oferty – Odwołujący Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. wskazał na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp – przez niezastosowanie wobec Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum COVEC wszystkich rygorów związanych z przedmiotowym postępowaniem.

Odwołujący – Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie powtórnej czynności badania i ceny ofert, a w jej toku:

28

-
- a. wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum Astaldi oraz odrzucenie oferty złożonej przez tych wykonawców.
 - b. wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum COVEC oraz odrzucenie oferty złożonej przez tych wykonawców.
 3. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

KIO/UZP 709/09

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o oddaleniu protestu Odwołujący – Konsorcjum Covec złożył w dniu 28 maja 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię przekazał tego samego dnia Zamawiającemu.

Odwołujący – Konsorcjum COVEC wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Astaldi, podlegającego wykluczeniu z postępowania,
2. nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści oraz o przeprowadzenie dowodu z oświadczeń właściwych jednostek publicznych miasta Brescia poprzez uzyskanie i uwzględnienie w ramach materiału dowodowego informacji udzielonej przez te jednostki w formie udostępnienia informacji publicznej, na podstawie art. 3 i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej oraz włoskiego aktu o prawie dostępu do publicznych dokumentów administracji na okoliczności powołane w treści niniejszego odwołania.

29

Skład orzekający Izby dopuścił dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, ofert złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum Covec oraz inne dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia pełnomocników stron i uczestników postępowania, złożone w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

W związku z tym, że protesty w rozpatrywanej sprawie zostały złożone w dniach 7 i 8 maja 2009 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający lzby podjął rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu aktualnie obowiązujący stan prawny i ustalił, że terminy na wniesienie środków ochrony prawnej zostały zachowane.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia wniesionych odwołań.

Do merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniach, Izba przyjęła stan prawny ustawy pzp obowiązujący przed wejściem w życie nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008 roku, zgodnie z dyspozycją art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych i końcowych ustawy nowelizującej.

Na wstępie, Izba uznała, że zarówno Odwołujący – Konsorcjum COVEC jak i Odwołujący - Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., jako podmioty, które złożyły oferty w rozpatrywanym postępowaniu, kwestionujący wybór oferty najkorzystniejszej, a w przypadku Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. dodatkowo podnoszący zarzuty przeciw ofercie Konsorcjum Covec - tj. ofercie bezpośrednio poprzedzającej ofertę Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Ewentualne uwzględnienie zarzutów i żądań zgłoszonych przez Odwołujących się stwarza im szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

30

1. W odniesieniu do zarzutów wspólnych tzn. podniesionych przez obu Odwołujących się przeciw ofercie Konsorcjum Astaldi, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

1. Zarzut dotyczący niewłaściwej reprezentacji Konsorcjum Astaldi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Z treści pełnomocnictwa, którego tłumaczenie przysięgłe na język polski zostało zamieszczone na stronie 4 oferty konsorcjum Astaldi wynika, że Giuseppe C., działający w charakterze pełnomocnego członka zarządu i przedstawiciela spółki Astaldi S.p.A. umocował panów Francesco P. S. oraz Marcina Szymona ś. aby „reprezentowali, rozłącznie, spółkę Astaldi SpA, wobec miasta stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., w Rzeczypospolitej Polskiej, w związku z przetargiem na „Projekt i budowę II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do „Dworca Wileńskiego w Warszawie”, przyznając im uprawnienia do składania podpisu, rozłącznie, w imieniu i na rzecz Spółki Astaldi S.p.A., również w konsorcjum w innych firmach, z możliwością scedowania pełnomocnictwa na osobę trzecią, na: ofertach i wszelkich niezbędnych dokumentach, łącznie z aktem założycielskim konsorcjum, i w przypadku kiedy spółka okaże się nabywcą przetargu, do prowadzenia negocjacji i składania podpisu na umowie”. Na wskazanym pełnomocnictwie widnieje data 24 grudnia 2008 roku.

Następnie w dniach 9 i 13 lutego 2009 roku, każdy z członków konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz Gülermak Agr Sanayi Insaat ve Taahhut AS udzielił pełnomocnictwa Liderowi Konsorcjum – Astaldi S.p.A. do reprezentowania konsorcjum jak również członków konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu.

Bezspornym między stronami jest, że pełnomocnictwa udzielone przez członków tworzących Konsorcjum dla Astaldi S.p.A. zostały udzielone później (tj. odpowiednio w dniach 9 i 13 lutego 2009 roku) niż pełnomocnictwo udzielone przez Giuseppe C. – pełnomocnego członka zarządu dla Francesco P. S. (jak wynika z apostille - przed 24 grudnia 2008 r.).

Na wstępie Izba zważyła, że Konsorcjum jako takie nie ma osobowości prawnej, nie jest także instytucją nazwaną w przepisach prawa. Konsorcjum jest umową pomiędzy dwoma lub więcej podmiotami (osobami prawnymi, fizycznymi, ułonnymi osobami prawnymi) zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W wyniku zawarcia takiej umowy nie powstaje

osobny byt prawny, który będzie od chwili zawarcia umowy posiadał zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają jedynie jego członkowie, który w

31

oparciu o dyspozycję art. 23 ustawy pzp ustanawiają pełnomocnika do działania w ich imieniu.

W rozpatrywanym stanie faktycznym pełnomocnikiem konsorcjum jest spółka Astaldi S.p.A., której członkowie konsorcjum udzielili stosownych pełnomocnictw w dniach odpowiednio 3 i 13 lutego 2009 roku. W oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez członka zarządu Astaldi S.p.A – Giuseppe C. spółka umocowała pana Francesco P. S. do reprezentowania spółki Astaldi S.p.A, również „w konsorcjum z innymi firmami” a zatem również z firmami, które w terminie późniejszym udzieliły pełnomocnictw w konkretnie wskazanym w treści pełnomocnictwa przedmiocie zamówienia publicznego.

Skoro pełnomocnictwo jest formą przedstawicielstwa, a czynność dokonana przez przedstawiciela w granicach jego umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego, to należy uznać, że wszystkie czynności jakich dokonał Francesco P. S. w niniejszym postępowaniu, w tym złożenie oferty są czynnościami ważnymi i prawnie wiążącymi i nie wymagają potwierdzenia. Niezależnie do powyższego Przystępujący Astaldi S.p.A. złożył do akt sprawy wyciąg z protokołu posiedzenia Rady Administracyjnej z dnia 12 lutego 2009 roku wraz z jego tłumaczeniem na język polski, w którym Rada Administracyjna „jednogłośnie, potwierdza dotychczasowe działania podjęte w związku z związku z przedmiotowym postępowaniem i potwierdza przewidziane statutem upoważnienie pełnomocnego członka zarządu – dyr. C., obejmujące możliwość udzielania dalszych pełnomocnictw, do podpisywania bez jakichkolwiek ograniczeń, wszelkich aktów o nieograniczonym zakresie i dokumentów, zarówno wstępnych jak i ostatecznych, związanych z udziałem w przetargu ze złożeniem oferty”.

Przy ocenie treści i zakresu pełnomocnictwa istotne jest to, czy wola wspólnego działania z innymi podmiotami została w nim wyrażona w sposób wyraźny lub daje się ją odczytać przy zastosowaniu wykładni oświadczeń woli, biorąc pod uwagę okoliczności w jakich zostało udzielone. Jak wynika z okoliczności udzielenia pełnomocnictw przez członków konsorcjum dla Astaldi S.p.A. oraz późniejszych działań podjętych wspólnie przez członków konsorcjum a także treści ich oświadczeń, złożonych do akt sprawy, wolą każdego z członków konsorcjum - tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz Gülermak Agr Sanayi Insaat ve Taahhut AS było ustanowienie liderem konsorcjum spółki Astaldi S.p.A. - w imieniu i na rzecz której, wobec członków konsorcjum działał Francesco P. S., powołujący się na pełnomocnictwo udzielone mu przez Giuseppe C. Członkowie konsorcjum udzielając pełnomocnictwa Astaldi S.p.A mieli świadomość, że w roli pełnomocnika konsorcjum będzie występował Francesco P. S., co wynika z treści pisemnych oświadczeń członków konsorcjum złożonych do akt sprawy przez Przystępującego Astaldi. Ponadto członkowie konsorcjum podtrzymali wolę reprezentowania ich w postępowaniu przez umocowanego przedstawiciela Astaldi S.p.A.

32

Udzielenie pełnomocnictwa jest czynnością jednostronną a na gruncie prawa cywilnego nie można dokonywać czynności jednostronnych z samym sobą. Zatem niemożliwe i zbędne jest ponowne udzielenie, po powstaniu konsorcjum, pełnomocnictwa przez Astaldi S.p.A, jako lidera konsorcjum w imieniu którego działa wcześniej już umocowany Francesco P. S., bowiem czynność ta została już dokonana a jej ponowienie byłoby czynnością z samym sobą. Dokonaniem czynności z samym sobą byłoby, w ocenie Izby, udzielenie pełnomocnictwa F.P.S. upoważnionemu do reprezentacji Astaldi S.p.A, w oparciu o art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co potwierdza wpis do KRS. Działanie tak upoważnionego pełnomocnika jest działaniem samego przedsiębiorcy zagranicznego. W okolicznościach faktycznych sporu, wymóg udzielenia stosownego pełnomocnictwa przez wszystkich członków konsorcjum byłby uzasadniony tylko w przypadku, gdyby wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne chcieli upoważnić do działania w ich imieniu osobę trzecią. W sytuacji, gdy pełnomocnikiem konsorcjum jest jeden z wchodzących w skład konsorcjum wykonawca nie jest konieczne udzielenie mu odrębnego pełnomocnictwa, bowiem czynność taka byłaby czynnością z samym sobą. Skoro Astaldi S.p.A. umocowało

do działania w imieniu własnym jak „również w konsorcjum z innymi firmami”- Francesco P. S., to pełnomocnictwa udzielone w terminie późniejszym, ustanawiające liderem konsorcjum Astaldi S.p.A. upoważniają jednocześnie do działania w ich imieniu – umocowanego przez lidera konsorcjum – Francesco P. S.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Francesco P. S. został właściwie umocowany do reprezentowania nie tylko spółki Astaldi S.p.A ale także każdego z członków konsorcjum wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 29 marca 2007r. sygn. akt X Ga 65/06, że „Trudno byłoby bowiem wymagać, aby pełnomocnik – lider konsorcjum sam sobie udzielał stosowanego pełnomocnictwa do reprezentowania siebie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z istoty pełnomocnictwa przewidzianego w art. 23 ust. 2 Pzp wynika przecież, że pełnomocnik – lider konsorcjum działa w imieniu własnym oraz w imieniu pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (...). Zważyć trzeba, że w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu, to po stronie tego pełnomocnika musi występować podmiot uprawniony do reprezentacji (w przypadku spółek kapitałowych najczęściej dwóch członków zarządu lub jeden członek zarządu łącznie z prokurentem). Jeżeli zaś w imieniu konsorcjum – lidera działa ustanowiony przez niego pełnomocnik, to należy przedstawić odrębne pełnomocnictwo rodzajowe dla osoby występującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

33

W rozpatrywanym stanie faktycznym ustanowiony pełnomocnik konsorcjum - Astaldi S.p.A. jest reprezentowany przez Francesco P. S. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 grudnia 2008 roku, które upoważnia go do reprezentowania spółki Astaldi S.p.A, wobec miasta stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., w Rzeczypospolitej Polskiej, w związku z przetargiem na „Projekt i budowę II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do „Dworca Wileńskiego w Warszawie”, przyznając mu uprawnienia do składania podpisu, nie tylko w imieniu i na rzecz Spółki Astaldi S.p.A., ale również w konsorcjum w innych firmami, z możliwością scedowania pełnomocnictwa na osobę trzecią. Z treści udzielonego pełnomocnictwa wynika, że Francesco P. S. jest umocowany do reprezentowania nie tylko spółki Astaldi S.p.A. ale także członków zawiązanego w terminie późniejszym konsorcjum, zatem twierdzenia Odwołujących się, że działał bez należytego umocowania jako *falsus procurator* są bezzasadne. Pełnomocnictwo z dnia 24 grudnia 2008 roku zostało udzielone w celu podjęcia przez umocowanego w nim Francesco P. S. działań zmierzających do zawiązania konsorcjum z innymi firmami i wspólnego ubiegania się o przedmiotowe, konkretnie wskazane w treści pełnomocnictwa zamówienie w ramach konsorcjum.

W ocenie Izby, członkowie konsorcjum - Gülermak oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., podpisując wstępne porozumienie konsorcjalne (załączone przez Przystępującego do pisma z dnia 25.06.2009) w dniu 14 lutego 2009 roku ze Spółką Astaldi S.p.A – reprezentowaną przez Francesco P. S. w celu wspólnego ubiegania się i realizacji przedmiotowego (konkretnie określonego z nazwy) zamówienia publicznego, mieli pełną świadomość, że ustanawiając w § 3 Liderem Konsorcjum - Astaldi S.p.A., udzielają pełnomocnictwa Francesco P. S., który występował w tym porozumieniu jako reprezentujący Astaldi S.p.A., zgodnie z udzielonym mu pełnomocnictwem.

Izba wskazuje także, że z odpisu Krajowego Rejestru Sądowego o numerze 0000314780 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy (załączonego do pisma Przystępującego z dnia 2 lipca 2009 roku) wynika, że Francesco P. S. jest osobą reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale – Astaldi S.p.A S.A oddział w Polsce, ustanowioną w oparciu o art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Jak wynika z przedstawionego dokumentu KRS oddział zagranicznego przedsiębiorcy został zarejestrowany 30 września 2008 roku, a zatem jeszcze przed udzieleniem pełnomocnictwa panu S. do działania w imieniu Astaldi od pełnomocnego członka zarządu C., co nastąpiło w dniu 24 grudnia 2008 roku a także przed udzieleniem pełnomocnictw dla Astaldi S.p.A. od poszczególnych członków konsorcjum. Wobec powyższego skoro w momencie ustanowienia przez członków konsorcjum jako lidera Astaldi S.p.A., pan S., jako osoba upoważniona do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy, był

rzecz Astaldi S.p.A. to należy uznać, że miał umocowanie do reprezentowania całego konsorcjum jak i każdego z jego członków w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne. Upoważnienie do reprezentowania w oparciu o art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest tym samym co upoważnienie do działania w cudzym imieniu. Pokreślić należy, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada statusu przedsiębiorcy samodzielnego, a wszystkie działania podjęte przez osobę upoważnioną w oddziale do reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego są działaniami wykonywanymi w imieniu i na rzecz tego przedsiębiorcy, co wynika ze stosownego wpisu do KRS, który nie jest kwestionowany przez Odwołujących. W świetle przedstawionego odpisu KRS należy uznać, że działania pana Francesco P. S., który został ustanowiony osobą upoważnioną do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy, były działaniami reprezentanta przedsiębiorcy zagranicznego Astaldi S.p.A. działającego przez oddział na terenie Polski. W tym miejscu Izba odsyła do rozważań zawartych w dalszej części uzasadnienia a odnoszących się do zarzutu niewłaściwej reprezentacji Konsorcjum Covec.

Okoliczność, że do oferty nie złożono przedmiotowego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego jest bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego. Dokument ten Izba ocenia jako dowód w sprawie złożony przez Przystępującego Astaldi na odparcie twierdzeń o braku właściwej reprezentacji konsorcjum Astaldi w postępowaniu, a zgodnie z art. 188 ust. 1 in fine ustawy pzp, strony mogą do czasu zamknięcia rozprawy składać dowody na poparcie swych twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej.

Izba nie podziela także zarzutu dotyczącego ograniczeń kwotowych wynikających z rejestru handlowego Astaldi S.p.A. przyznanych w tym dokumencie panu Giuseppe C. i skutków prawnych związanych z przekroczeniem uprawnień wynikających ze statutu czy umowy spółki. Z art. 24 statutu spółki Astaldi S.p.A, którego oryginał wraz z tłumaczeniem Przystępujący złożył do akt sprawy wynika, że „prawne reprezentowanie spółki wobec osób trzecich i przed sądami przysługuje samodzielnie Prezesowi i Viceprezesowi oraz pełnomocnemu członkowi zarządu czy też pełnomocnym członkom zarządu, z prawem do udzielania pełnomocnictw”. Giuseppe C., zgodnie z treścią odpisu z rejestru Izby Handlowej, Przemysłu i Rzemiosła w Rzymie, załączonym w ofercie Konsorcjum jest pełnomocnym członkiem Zarządu piastującym urząd dyrektora generalnego i ma prawo „reprezentować Spółkę we Włoszech i za granicą ze wszystkimi niezbędnymi prawami przewidzianymi, wykonując powierzone funkcje, przed wszystkimi administracjami publicznymi i prywatnymi, z bankami i instytucjami kredytowymi (...)”. (pkt 3 odpisu rejestru) oraz ma prawo „mianować pełnomocników lub osoby upoważnione do działania w zakresie akt lub kategorii akt lub pojedynczych zadań, przez wydanie pełnomocnictwa w zakresie nadanych praw” (pkt 13 odpisu z rejestru). Istotnie w pkt 6 odpisu rejestru Izby Handlowej, Przemysłu i Rzemiosła

przyznane panu Giuseppe C. prawo do „podpisywania oferty podjęcia się wykonania i/lub koncesji, również w project financing i odpowiednich operacji gwarancyjnych (kaucje, poręczenia, depozytu kaucyjne, kontrgwarancje, etc)” zostało ograniczone do sumy 600 milionów euro (do obliczenia albo na podstawie wartości oferty albo na podstawie wartości inwestycji).

W świetle powyższego sformułowania bezsprzecznym jest, że uprawnienia dla pana Giuseppe C. zostało ograniczone do podpisywania oferty do sumy 600 milionów euro, tymczasem wartość oferty konsorcjum Astaldi wynosi 4 117 500 000 zł brutto, co przekracza wskazaną w rejestrze wartość.

W ocenie Izby, dla oceny skutków prawnych działań podjętych przez członka zarządu z ewentualnym przekroczeniem jego uprawnień wynikających z rejestru (statutu) spółki znajdują zastosowanie przepisy art. 204 kodeksu spółek handlowych z dnia 15 września 2000 roku (Dz. U. nr 94, poz. 1037 ze zm.), zgodnie z którymi prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych, a prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez pełnomocnika

Konsorcjum Astaldi S.p.A. - Luca P. oraz z treści opinii z dnia 22 czerwca 2009 roku prof. adw. Daniele U. S., złożonej przez Przystępującego, analogicznej treści przepisy znajdują się w prawie cywilnym włoskim. Z treści art. 2384 ust. 1 kodeksu cywilnego włoskiego wynika, że uprawnienie do reprezentacji przyznawane jest członkom zarządu zgodnie ze statutem lub uchwałą i ma charakter ogólny. Podobnie jak w prawie polskim, art. 2384 ust. 2 kodeksu cywilnego włoskiego przewiduje, że ograniczenia uprawnień członka zarządu, które wynikają ze statutu lub z decyzji kompetentnych organów, nawet wówczas gdy zostały ujawnione nie mogą być kwestionowane ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich, chyba że udowodni się, że członkowie zarządu działali na szkodę spółki. Zatem, zarówno w oparciu przepisy prawa polskiego jak również prawa włoskiego zasadnym jest twierdzenie, że ograniczenie w reprezentacji wynikające z umowy spółki czy statutu odnosi skutek wyłącznie w stosunkach wewnętrznych spółki a nie w stosunku do osób trzecich. Takie unormowanie ma na celu ochronę bezpieczeństwa i pewności obrotu gospodarczego oraz ochronę osób trzecich, które działają w zaufaniu do spółki jako osoby prawnej. Umowne ograniczenia w prawie do reprezentacji przez członków zarządu są wiążące dla poszczególnych członków zarządu pod rygorem ich odpowiedzialności (organizacyjnej, dyscyplinarnej) wobec spółki, nie wywierają natomiast skutków prawnych na zewnątrz czyli w stosunku do osób trzecich. Opinia prawna z dnia 22 czerwca 2009 roku złożona przez Przystępującego, która z uwagi na jej prywatny charakter może być traktowana wyłącznie jako stanowisko strony, jest zgodna ze stanowiskiem Izby.

36

Konkludując, pełnomocnictwo udzielone panu Francesco P. S. przez Giuseppe C. jest ważne nawet mimo, gdyby uznać, że zostało udzielone z przekroczeniem uprawnień i działania podjęte przez Francesco P. S. są wiążące i wywołują skutki prawne wobec osób trzecich identyczne ze skutkami prawnymi jakie nastąpiłyby, gdyby ograniczenie nie istniało a dokonanie czynności prawnej z przekroczeniem uprawnień może powodować jedynie odpowiedzialność wewnętrzną członków zarządu za naruszenie postanowień statutu spółki. Stanowisko takie prezentowane jest także w orzecznictwie sądowym, z którego wynika, że „Nieskuteczne zatem wobec osoby trzeciej byłoby, np. zawarte w umowie spółki albo uchwale zgromadzenia wspólników postanowienie, że określony członek zarządu jest pozbawiony prawa reprezentowania, względnie nie wolno mu z niego korzystać w określonej sprawie lub określonym rodzaju spraw” (uchwała SN z 24.10.1996 roku, III CZP 112/96, OSP 1997, nr 4, poz. 87).

Takiej oceny stanu faktycznego nie zmienia również złożona przez Odwołującego się Mostostal Warszawa S.A. - jako dowód w sprawie opinia kancelarii włoskiej z dnia 8 kwietnia 2009 roku wraz z jej tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego. Opinia ta odnosi się jedynie do dokumentów spółki Astaldi S.p.A., (wyciągu z rejestru, statutu spółki oraz pełnomocnictwa udzielonego przez Giuseppe C.) pomijając jednocześnie powszechnie obowiązujące przepisy prawa włoskiego dotyczące oceny skutków prawnych działań pełnomocnych członków zarządu z przekroczeniem uprawnień wynikających ze statutu lub umowy. Izba uznała zatem, że złożony dowód w postaci opinii kancelarii włoskiej z dnia 8 kwietnia 2009 roku, jako nie odnoszący się do pełnego stanu prawnego sprawy jest niepełny. Ponadto z treści tej opinii wydanej wyłącznie w oparciu o analizę dokumentów wskazanych w pierwszej jej części wynika, że „Pan S. ani Pan S. nie są uprawnieni do podpisywania oferty zawarcia kontraktu, którego wartość przekracza 600 mln euro”. Opinia nie określa natomiast konsekwencji prawnych działań podjętych przez pana S. z przekroczeniem jego uprawnień i nie wskazuje, że takie działania są nieważne wobec osób trzecich. Na marginesie należy wskazać, że jest to opinia prywatna, wydana na zlecenie strony zainteresowanej określonym rozstrzygnięciem i może być jedynie traktowana jako stanowisko strony w sprawie.

Przywołany przez Odwołującego Mostostal wyrok sądu administracyjnego włoskiego z dnia 17 grudnia 2008 roku nr 6292 pozostaje bez znaczenia dla oceny niniejszego stanu faktycznego, bowiem zapadał w odmiennym stanie faktycznym i dotyczy podpisania oferty w imieniu spółki przez dyrektora administracyjnego i handlowego, a nie jak w rozpatrywanym przypadku przez osobę umocowaną do działania w imieniu pełnomocnego członka zarządu. Wobec powyższych wywodów, rozważania podjęte przez Zamawiającego oraz Odwołującego co do okoliczności czy samo złożenie oferty stanowi zobowiązanie do zawarcia umowy oraz czy jest jedynie zobowiązaniem do wysokości wadium bądź do

wartości udziałów w konsorcjum przypadających na poszczególnych jej członków jest bezprzedmiotowe.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp polegający na złożeniu oferty przez podmiot uprawniony.

2. Zarzuty dotyczące wadium.

a. błędne określenie beneficjenta gwarancji - niewniesienie wadium - zarzut podniesiony przez Konsorcjum Covec.

W treści rozdziału I pkt 1 siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja I.1.1 wskazano, że Zamawiającym jest Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (ZTM), w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o.

Zamawiający powołał się w tym zakresie na umowę zawartą z Miastem Stołecznym Warszawa z dnia 23.01.2003 roku Nr 3653/EH/03 o zastępstwo inwestycyjne oraz pełnomocnictwo nr ZTM/NO-014-83-07/KS z dnia 23.10.2007 roku.

W § 1 ust. 1 umowy o zastępstwo inwestycyjne, zmienionej aneksem nr 3 z dnia 12.10.2007 roku zawartej pomiędzy m.st. Warszawa a Metro Warszawskie Sp. z o.o. w związku z przekształceniem zakładu budżetowego m.st. Warszawy pod nazwą Metro Warszawskie w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, wskazano że „Inwestor zleca, a Inwestor zastępczy przyjmuje prowadzenie w imieniu, na rachunek i rzecz Inwestora czynności prawne i faktyczne w zakresie pełnienia obowiązków Inwestora Zastępczego poprzez przygotowanie, organizację i realizację, a także nadzór i rozliczanie procesu inwestycyjnego budowy metra w Warszawie”.

W § 4 przedmiotowej umowy wskazano, że do obowiązków Inwestora Zastępczego – Metra Warszawskiego sp.z o.o. należy m.in.: pozyskiwanie w trybie ustawy o zamówieniach publicznych wykonawców robót i prac, dostawców urządzeń, surowców i materiałów.

W pkt 23 rozdziału II siwz Zamawiający określił, że wysokość wadium w niniejszym postępowaniu wynosi 30 000 000 zł.

Za skutecznie wniesione wadium w pieniądzu, Zamawiający uzna wadium, które znajdzie się na koncie Metra Warszawskiego Sp. z o.o., którego numer podał w siwz

Pismem z dnia 5 lutego 2009 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 591 o potwierdzenie, że beneficjentem gwarancji wadialnej ma być Metro Warszawskie Sp. z o.o., Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt 23 rozdziału III siwz wadium ma zostać wniesione na konto Metra Warszawskiego Sp. z o.o. Oznacza to, że wadium wino zostać wniesione na rzecz Metra Warszawskiego Sp. z o.o.

Z kolei, pismem z dnia 11 lutego 2009 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 705 z prośbą o jednoznaczne określenie, która w przedstawionych alternatywach rozłącznych ma znaleźć zastosowanie do gwarancji wadialnej: 1. gwarancja wadialna ma być wystawiona bezpośrednio na rzecz spółki Metro Warszawskie Sp. z o.o. (Metro Warszawskie Sp. z o.o. - beneficjentem gwarancji, czy 2. gwarancja wadialna ma być wystawiona na rzecz Zamawiającego - tj. Miasta Stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., Zamawiający wskazał, że podtrzymuje odpowiedź na pytanie nr 591 a zapisy pkt 23 rozdziału II siwz nie są sprzeczne z przepisami ustawy pzp, zgodnie bowiem z art. 15 ust. 2 ustawy pzp, Zamawiający może powierzyć przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

Pismem z dnia 11 lutego 2009 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 739, Zamawiający ponownie podtrzymał odpowiedź na pytanie nr 591 i nr 705, iż zgodnie z zapisami pkt 23 rozdziału II siwz, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, w formie której jest wnoszone wadium, powinna być składana na rzecz Zamawiającego, którym jest zgodnie z pkt 1 rozdziału I siwz i pkt 1.1 OWU „Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskiego Sp. z o.o.” W treści odpowiedzi stwierdził, że „Oznacza to, że gwarancja bankowa lub

ubezpieczeniowa, w formie której jest wnoszone wadium, może być wystawiona na Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, jak i na Metro Warszawskie Sp. z o.o. Zarząd Transportu Miejskiego reprezentuje bowiem Miasto Stołeczne Warszawa, a Metro Warszawskie działa w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa". Zamawiający dodał również, że bez względu na to, czy gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa jest wystawiona na Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie czy na Metro Warszawskie Sp. z o.o. dokument musi być złożony w siedzibie Metra Warszawskiego Sp. z o.o.

Bezspornym jest, że gwarancje wadialne załączone w ofercie Konsorcjum Astaldi, zarówno gwarancja nr 17/ 2009 udzielona przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. z dnia 13.02.2009 roku oraz gwarancja bankowa nr 100/09/WAR/CB Fortis Bank Polska S.A. z dnia 13.02.2009 roku wskazują jako beneficjenta gwarancji - Metro Warszawskie Sp. z o.o. Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny sprawy Izba zważyła co następuje:

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (Dz. U z 2002, Nr 72, poz. 665 ze zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym

39

zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Jednym z niezbędnych elementów gwarancji wadialnej jest wskazanie beneficjenta gwarancji. Przepisy prawa bankowego nie określają kto może być beneficjentem gwarancji, zatem należy przyjąć, że beneficjentem gwarancji może być każdy podmiot, posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, który został wskazany w treści gwarancji wystawionej na wniosek zleceńodawcy.

Przepisy art. 45 i 46 ustawy pzp określają, że podmiotem uprawnionym do żądania, zwrotu jak również zatrzymania wadium jest zamawiający. Jednocześnie ustawodawca dopuścił w art. 15 ust. 2 ustawy pzp możliwość powierzenia nie tylko przygotowania ale także przeprowadzenia całego postępowania o zamówienie publiczne własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Bezspornym jest, że Zamawiający - m. st. Warszawa powierzyło przygotowanie i przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej - Metru Warszawskiemu Sp. z o.o. W ocenie Izby, wskazane przepisy ustawy pzp należy czytać łącznie, a zatem uzasadnione jest przyjęcie że jeśli Zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 15 ust. 2 ustawy pzp, powierzył przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej, jaką w rozpatrywanym stanie faktycznym jest Metro Warszawskie Sp. z o.o. to podmiot ten jest uprawniony do wykonania wszystkich czynności faktycznych i prawnych w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne, również do wykonania wszystkich czynności związanych z wniesieniem wadium przez wykonawców, w tym także do wykonania czynności zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium, jest bowiem czynnością wykonywaną w trakcie trwania postępowania o zamówienie publiczne, które kończy się z momentem podpisania umowy.

Podkreślić należy, że w sytuacji powierzenia przygotowania i przeprowadzenia postępowania osobie trzeciej, jaką w rozpatrywanej sprawie jest Metro Warszawskie Sp. z o.o. mamy do czynienia z klasycznym działaniem w cudzym imieniu. Metro Warszawskie działa więc w imieniu i bezpośrednio na rzecz Zamawiającego a podjęte przez niego działania są wiążące dla Zamawiającego i są traktowane jako działania samego Zamawiającego.

Należy wskazać na postanowienia aktu założycielskiego Metro Warszawskie Sp. z o.o., które określają, że „Spółka jako inwestor zastępczy wykonuje w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, jako inwestora, czynności prawne i faktyczne związane z przygotowaniem, organizacją, realizacją oraz nadzorem i rozliczeniem procesu inwestycyjnego budowy metra warszawskiego”.

Metro Warszawskie Sp. z o.o. w oparciu o udzielone pełnomocnictwo i przywołaną umowę o zastępstwo inwestycyjne, otrzymało upoważnienie od m. st. Warszawy do przeprowadzenia w całości przedmiotowego postępowania, a zatem również do podjęcia

40

czynności wykonywanych w trakcie postępowania, jakim są żądanie, zwrot czy zatrzymanie wadium i dochodzenie roszczeń wynikających z tytułu udzielonych gwarancji wadialnych.

W ocenie składu orzekającego Izby, wskazanie jako beneficjenta gwarancji Metra Warszawskiego Sp. z o.o. nie czyni tej gwarancji nieważną, niemożliwą do zrealizowania i nie stwarza niebezpieczeństwa, jakie wskazywał Odwołujący COVEC, że gwarancja ta może zostać przez bank cofnięta bo została wystawiona pod wpływem błędu. W tym zakresie Izba wskazuje, że istotą gwarancji bankowej jest realizacja zobowiązana gwaranta na pierwsze żądanie wskazanego w treści gwarancji beneficjenta – Metra Warszawskiego Sp. z o.o., bez możliwości sprawdzania czy beneficjent jest uprawniony oraz czy zachodzą przesłanki materialne do skorzystania z gwarancji. Zatem, w ocenie Izby, udzielona gwarancja jest ważna w świetle zarówno przepisów prawa bankowego jak również przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a zatem gwarant nie będzie mógł, wbrew twierdzeniom Odwołującego uchylić się od spełnienia wynikającego z niej zobowiązania. Nie ma zatem przeszkód, aby Metro Warszawskie Sp. z o.o., działające jako pełnomocnik Zamawiającego wystąpiło, w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w treści gwarancji, do banku - gwaranta i uzyskało kwotę określoną w gwarancji a następnie przekazało te środki Zamawiającemu. Wskazać w tym miejscu należy, że również wadium w formie pieniężnej miało zostać wniesione na konto Metra Warszawskiego. Na marginesie należy wskazać, że w udzielonych wykonawcom wyjaśnieniach, szczególnie w odpowiedzi na pytanie nr 739 z dnia 11 lutego 2009 roku Zamawiający podał, że gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, w formie której jest wnoszone wadium, może być wystawiona na Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, jak i na Metro Warszawskie Sp. z o.o. a Odwołujący nie skorzystał w ustawowym terminie z przysługujących mu środków ochrony prawnej, aby zakwestionować poprawność udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień. Ponadto, zważyć należy, że art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp obliuguje do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jeśli wadium nie zostało wniesione. Niewątpliwym jest natomiast, że wadium zostało wniesione w prawnie dopuszczonej formie, treść gwarancji jest właściwa, wskazuje beneficjenta, zobowiązanie gwaranta bezwarunkowego i nieodwołalnego na pierwsze żądanie przekazania określonej w nim kwoty na rzecz Metra Warszawskiego Sp. z o.o. w okresie jej ważności i w przypadkach enumeratywnie wskazanych w ustawie. Ponadto, w ocenie Izby, zastosowanie się bezpośrednio do wskazań Zamawiającego i określenie beneficjenta zgodnie z udzielonymi przez samego Zamawiającego wymaganiami nie może wywoływać negatywnych konsekwencji w postaci ewentualnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

b. brak poświadczenia przez dział finansowy przyjęcia dokumentu gwarancji wadialnej – zarzut podniesiony przez Konsorcjum COVEC.

W pkt 23 siwz „Wymagania dotyczące wadium”, Zamawiający wskazał, że wadium może być wnoszone w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości składanych w oryginale przed złożeniem oferty, w siedzibie Metra Warszawskiego Sp. z o.o. w dziale finansowym.

W przypadku wniesienia wadium w innej formie niż wpłata gotówki na konto Metra Warszawskiego Sp. z o.o. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca złożył wraz z ofertą kserokopię poświadczenia przez dział finansowy Metra Warszawskiego Sp. z o.o., złożenia przez Wykonawcę poręczeń lub gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych oraz poręczeń udzielonych przez podmioty, o których mowa art. 6 b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9.11.2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Konsorcjum Astaldi złożyło wraz z ofertą kserokopię bankowych gwarancji wadialnych, na których brak poświadczenia przyjęcia tych dokumentów przez dział finansowy Metra Warszawskiego Sp. z o.o.

Rozważając opisany stan faktyczny, Izba na wstępie zważyła że wymóg określony w treści siwz dotyczący konieczności złożenia wraz z ofertą kserokopii poświadczenia przez dział

finansowy Metra Warszawskiego złożenia gwarancji wadialnych jest wymogiem natury formalnej. W związku z tym niezastosowanie się do tego typu wymogu formalnego nie może skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Astaldi, gdyż ustawa pzp przewiduje taki skutek wyłącznie w sytuacji niezgodności merytorycznych a nie formalnych treści oferty z treścią siwz. Brak poświadczenia złożenia dokumentów wadialnych może być rozpatrywany jedynie w aspekcie zaniedbań pracowników działu finansowego, nie może natomiast skutkować uznaniem że wadium nie zostało złożone w wymaganym terminie oraz że nie załączono dokumentów potwierdzających wniesienie wadium.

Izba uznała za wiarygodne oświadczenie złożone przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, poparte dodatkowo dokumentem wystawionym przez dział finansowy Metra Warszawskiego Sp. z o.o., w którym potwierdzono, że Konsorcjum Astaldi złożyło gwarancje wadialne przed wyznaczonym przez Zamawiającego terminem składania ofert. Oświadczenie to nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego COVEC, nie przedstawiono żadnego dowodu na twierdzenie przeciwne, który choćby uprawdopodobniał tezę, że Konsorcjum Astaldi nie wniosło wadium w wymaganym terminie.

42

Dodatkowo należy wskazać, iż Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, że podczas otwarcia ofert podano m.in. informację o tym, że Konsorcjum Astaldi złożyło wadium.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut Odwołującego COVEC dotyczący braku załączenia do oferty dokumentów potwierdzających wniesienie wadium.

c. brak zabezpieczenia oferty wadium - zarzuty podniesione przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A.

Bezspornym jest, że w treści gwarancji wadialnej udzielonej przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. na zlecenie Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (nr 17/2009 z dnia 13.02.2009 roku) zawarto stwierdzenie o treści „niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej Oferty” oraz wskazano, że bank zobowiązuje się do zapłaty w przypadku gdy Wykonawca „nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku, tj. będąc poinformowany o wyborze Oferty w okresie jej ważności i:

- a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub
- b. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub
- c. nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie”.

Istotą gwarancji bankowej jest przyjęcie przez gwaranta – bank obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie, w sytuacji zaistnienia okoliczności podanych w treści gwarancji, stosownie do których Zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. W doktrynie przyjmuje się, że zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zlecniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji.

Istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, charakteryzująca się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 16.04.1993 r. sygn. akt III CZP 16/93 (OSNCP z.10, poz. 166), do minimalnej treści jaką winna zawierać gwarancja należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy,” „nieodwoalny,” a suma gwarancyjna płatna jest na

43

„pierwsze żądanie.” Elementy te zapewniają Zamawiającemu uzyskanie od banku – gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty.

Odnosząc się do treści złożonej przez Konsorcjum Astaldi gwarancji wadialnej wystawionej przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. należy w pierwszej kolejności podkreślić, że zawiera

ona wszystkie wyżej wskazane minimalne elementy - ma charakter nieodwołalny, bezwarunkowy i jest gwarancją płatną na pierwsze pisemne żądanie, co wynika wprost z jej treści, gdzie bank – gwarant zobowiązał się „nieodwołalnie i bezwarunkowo, do zapłacenia Wam (czytaj: *Metru Warszawskiemu*) każdej kwoty do wysokości 3 000 000 zł na pierwsze Wasze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane, oraz Wasze pisemne oświadczenie”, że Wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy pzp, „będąc poinformowany o wyborze jego oferty”.

Bank – gwarant zobowiązał się zatem do zapłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze pisemne żądanie, które zawiera jedynie oświadczenie beneficjenta gwarancji – Metra Warszawskiego Sp. z o.o., że zaistniały okoliczności o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy pzp a wykonawca został poinformowany o wyborze jego oferty. W ocenie Izby w świetle jasnego określenia w treści gwarancji, że ma ona charakter bezwarunkowy, nie można zgodzić się z Odwołującym Mostostal Warszawa S.A., że użyte w treści gwarancji sformułowanie „będąc poinformowany o wyborze oferty” czyni tą gwarancję warunkową. Zapłata sumy gwarancyjnej nie jest uzależniona, jak to wskazywał Odwołujący w treści odwołania (strona 8) od przedstawienia przez beneficjenta „zwrotnego potwierdzenia otrzymania faksu, zwrotki z przesyłki pocztowej czy innego potwierdzenia”. Do zapłaty sumy gwarancyjnej wystarczy złożenie samego oświadczenia przez beneficjenta, że wykonawca, będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i nie ma potrzeby przedstawiania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów.

Wskazać należy również, że przesłanki enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy pzp mogą zaistnieć jedynie po uprzednim dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem po przekazaniu wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Dodatkowo na Zamawiającym spoczywa obowiązek zamieszczenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Przy czym należy podkreślić, że czynność zamieszczenia informacji na stronie internetowej ma jedynie charakter formalny i czysto informacyjny, a skutki prawne i dalsze konsekwencje czynności podejmowanych przez uczestników postępowania związane są ze skutecznym powiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej.

44

Okoliczności wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy pzp, które stanowią przesłanki zatrzymania wadium dotyczą wyłącznie sytuacji, w których oferta konkretnego wykonawcy została wybrana a wykonawca ten został o tym fakcie poinformowany.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że udzielona gwarancja bankowa jest gwarancją bezwarunkową, na pierwsze żądanie i ma charakter abstrakcyjny, co oznacza, że gwarant nie jest uprawniony do powoływania się na zarzuty, wynikające ze stosunku pomiędzy beneficjentem, w tym przypadku Metrem Warszawskim Sp. z o.o. a zlecniodawcą, czyli wykonawcą, który posłużył się gwarancją bankową. Wymóg złożenia oświadczenia przez beneficjenta gwarancji, że wykonawca został poinformowany o wyborze jego oferty należy traktować nie jako warunek, a jedynie jako wymóg formalny, będący elementem pisemnego wezwania do zapłaty, który nie czyni tej gwarancji gwarancją warunkową (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 lipca 2002 r. (Sygn. akt V Ca 1087/02).

Odnosząc się do sformułowania użytego w treści gwarancji, że jest ona ważna tylko w „stosunku do pierwotnej oferty”, Izba zważyła, co następuje:

Pojęcie „oferta” w doktrynie i przepisach prawa zamówień publicznych występuje w dwóch znaczeniach: węższym - oferta sensu stricto – rozumiana jako merytoryczna część oferty i szerszym – oferta sensu largo- rozumiana jako część merytoryczna i formalna ze wszystkimi dokumentami do niej załączonymi. W ocenie Izby, wobec rozbieżności w doktrynie, wskazanych również przez Odwołującego, co do rozumienia pojęcia „oferta” zasadnym jest przyjęcie jej legalnej definicji zawartej w art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy”.

Definicję „oferty” zamieścił również Zamawiający w pkt 1.11 Ogólnych Warunków Umów,

stanowiących załącznik do siwz, wskazując, że jest to „zobowiązanie wykonawcy wykonania Przedmiotu Zamówienia na warunkach określonych w Ofercie, złożone Zamawiającemu na piśmie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przekazanej Wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (...).

Bank - gwarant, udzielający gwarancji wadialnej w oparciu o dokumentację dotyczącą przedmiotowego postępowania oraz jako profesjonalista znający przepisy prawa, miał świadomość zarówno co do treści definicji pojęcia „oferta” zawartej w siwz oraz definicji wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

W ocenie Izby, należy uznać, że zastrzeżenie poczynione w ofercie przez bank dotyczy wyłącznie oferty sensu stricto, rozumianej jako oświadczenie woli zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie czy zgodnie z definicją Zamawiającego - zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.

45

Przyjmując takie rozumienie pojęcia „oferta” należy wskazać, że dokonanie czynności, dopuszczonych przez przepisy prawa zamówień publicznych dotyczących uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp oraz poprawienia oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych w trybie art. 87 ustawy pzp, nie powoduje, że oferta traci przez takie działania swą „pierwotność”. Skutkiem dokonania czynności uzupełniania czy poprawienia oczywistych omyłek nie ulega zmianie sama oferta sensu stricto w jej pierwotnym brzmieniu. Oświadczenie woli zawarcia umowy, której istotne warunki (cena, gwarancja, termin realizacji) zostały podane w ofercie pozostaje bez jakichkolwiek zmian. Potwierdzeniem stanowiska Izby co do takiego a nie innego rozumienia sformułowania „oferta pierwotna” jest złożone przez Przystępującego Astaldi oświadczenia Banku Polska Kasa Opieki S.A. z dnia 28 maja 2009 roku, w którym bank stwierdza, że „intencją przy udzielaniu powyższej gwarancji było pozostawać związanymi nią bez względu na wszelkie złożone przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz innych członków konsorcjum we wspomnianym postępowaniu uzupełnienia i wyjaśnienia przedstawione w trybie art. 26 powyższej ustawy w związku ze złożoną ofertą”.

Izba, nie uznała za słuszną argumentację Odwołującego Mostostal Warszawa S.A., że bank – gwarant wymienionym oświadczeniem, zmienił pierwotne warunki na jakich gwarancja została wystawiona. W ocenie Izby, oświadczenie banku jest jedynie potwierdzeniem złożonego w treści gwarancji oświadczenia woli i stanowi jego wykładnię autentyczną. Zobowiązanie banku nie zostało w żaden sposób zmodyfikowane w stosunku do oświadczenia zawartego w treści udzielonej gwarancji.

Podkreślić należy, co zostało wykazane wyżej, że kwestionowana przez Odwołującego gwarancja wadialna ma charakter bezwarunkowy, jest płatna na pierwsze żądanie i jest zobowiązaniem abstrakcyjnym – a użycie sformułowania, że jest ważna jedynie w stosunku do oferty pierwotnej nie czyni z niej gwarancji warunkowej.

3. zarzut braku potwierdzenia wymaganego doświadczenia.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego przez obu Odwołujących dotyczącego braku wykazania wymaganego doświadczenia zawodowego przez Konsorcjum Astaldi, Izba ustaliła w oparciu o postanowienia pkt III.2.3 ogłoszenia oraz 5.4 siwz, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali, że w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania wykonali a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (tj. zakończyli w ww. okresie):

46

1) co najmniej 5 km tunelu wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) dla inwestycji kolejowych, metra, lub drogowych, oraz dodatkowo 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.

2) co najmniej dwie stacje, z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tej stacji.

3) co najmniej dwie stacje bez przejścia tarcz TBM przez konstrukcję tej stacji.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „wyżej wymienione warunki muszą być spełnione łącznie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek”.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni przedstawić wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, potwierdzający spełnienie warunków określonych w pkt. III.2.3) niniejszego ogłoszenia, z podaniem co było przedmiotem zamówienia, daty wykonania i adresów odbiorców wykonanego zamówienia oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane należycie.

Konsorcjum Astaldi na stronie 536 oferty z dnia 16 lutego 2009 roku przedstawiło wykaz robót, zawierający trzy realizacje wykonane przez Astaldi S.p.A. – Linia kolejowa Rzym - Viterbo, Metro Brescia - etap Prealpino - Santa Eufemia oraz metro w Neapolu – linia 1: odcinek 4 a także dwie realizacje wykonane przez członka Konsorcjum - Gülermak - metro w Stambule – linia Otogar- Bagcilar oraz system lekkiego metra w Stambule. Pismem z dnia 9 marca 2009 roku, Zamawiający wezwał Konsorcjum Astaldi w pkt 2 do złożenia wyjaśnień, „które roboty wymienione w wykazie doświadczenia zawodowe i referencjach załączonych do oferty, dotyczących Gülermak, zostały wykonane przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a więc przed dniem 18 października 2008 r.” Zamawiający wezwał w pkt 2 a pisma z dnia 9 marca 2009 roku do uzupełnienia dokumentów składanych przez wspólnie ubiegających się wykonawców przez złożenie wykazu lub wykazów „doświadczenie zawodowe” zawierającego wykonane roboty budowlane w okresie pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania czyli przed dniem 18 października 2008 roku.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum Astaldi w dniu 20.03.2009 roku przedstawiło dodatkową, nową inwestycję wykonaną przez Astaldi s.p.A – Metro

47

w Genui (odcinek – Principe – Caricamento - Grazie) oraz dodatkową linię metra w Stambule Kirazli – İkitelli - Olimpiyat Koyu – jako inwestycję wykonaną przez członka Konsorcjum Gülermak. Jednocześnie do pisma z dnia 20 marca 2009 roku, Konsorcjum Astaldi załączyło: referencje koncesjonariusza Metropolitana di Napoli S.p.A. (tłumaczenie strona 221 - 223 uzupełnienia) dotyczące inwestycji- metro w Neapolu, pismo Urzędu Miejskiego w Stambule (tłumaczenie strona 227 uzupełnienia) oraz pismo Metrobus Brescia (tłumaczenie strona 233 uzupełnienia) – dotyczące metra Brescia a także referencje z dnia 11 marca 2009 roku (tłumaczenie strona 237 uzupełnienia) dotyczące metra w Genui.

Izba zważyła co następuje:

Jak wynika z oświadczeń stron i uczestnika postępowania złożonych do protokołu rozprawy z dnia 26 czerwca 2009 roku, istnieją rozbieżności co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Zatem, istotnym dla rozstrzygnięcia sporu jest dokonanie analizy i wykładni określonego w pkt 5.4 siwz warunku doświadczenia zawodowego.

W tym zakresie, w ocenie Izby, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni wykazać, że w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania (tj. od dnia 18 października 2003 roku do dnia 18 października 2008 roku) a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali (tj. zakończyli w tym okresie) łącznie, ale niekoniecznie w ramach jednej inwestycji, co najmniej 5 km tunelu wykonanego w technologii tarcz TBM dla inwestycji kolejowych, metra lub drogowych oraz dodatkowo 1 km tunelu podziemnego transportu szynowego w mieście, wraz z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe. Ponadto wykonawcy winni wykazać, że wykonali (tj. zakończyli) co najmniej dwie stacje z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tej stacji oraz co najmniej dwie stacje bez przejścia tarcz TBM przez konstrukcję stacji.

W ocenie Izby, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest sumowanie zarówno wymaganych ilości km tunelu jak również liczby stacji, które mogą

być wykonane w ramach różnych inwestycji. Z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika bowiem obowiązek, aby np. całe 5 km tunelu wykonanego w technologii tarcz TBM dla inwestycji kolejowych, metra lub drogowych czy 1km tunelu podziemnego w mieście był wykonany w ramach jednej i tej samej inwestycji. Analogicznie, dopuszczalne jest, zdaniem Izby, sumowanie liczby stacji z przejściem lub bez przejścia tarcz TBM, wykonanych w ramach różnych inwestycji.

48

Nie można zgodzić się z Odwołującym Mostostal, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu było konieczne wykonanie w technologii TBM zarówno 5 km inwestycji kolejowych, metra lub drogowych jak również 1km tunelu podziemnego w mieście. Zdaniem Izby, z literalnego brzmienia treści warunku wynika, że zastosowanie metody TBM należy odnosić wyłącznie do 5 km tunelu dla inwestycji kolejowych, metra i drogowych. Bez znaczenia dla oceny treści tego warunku jest okoliczność skonstruowania wzoru załącznika nr 7, gdzie w jednej kolumnie umieszczono roboty określone w pkt 1 warunku udziału w postępowaniu dotyczące 5 km tunelu w technologii TBM i 1 km tunelu podziemnego w mieście. Wymagania, jakie stawiane są wykonawcom, ubiegającym się o udzielenie zamówienia winny wynikać wprost z treści warunku i nie mogą być domniemywane ze sporządzonego wzoru wykazu doświadczenia.

Analizując dalej treść warunku doświadczenia, Izba zwraca uwagę także, iż nie wynika z niego w sposób jasny i nie budzący wątpliwości czy sformułowanie „wraz z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe” należy odnosić wyłącznie do wykonania 1 km tunelu podziemnego w mieście czy również do wykonania 5 km tunelu dla inwestycji kolejowych, metra lub drogowych. Wobec rozbieżnego rozumienia tej kwestii, zasadne jest przyjęcie interpretacji, że wymóg wykazania się również wykonaniem wraz z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe dotyczy wyłącznie 1 km tunelu podziemnego w mieście a nie odnosi się do wykonania 5 km tunelu dla inwestycji kolejowych, metra lub drogowych.

Istotnym jest, wyjaśnienie, że w treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanym w siwz i ogłoszeniu Zamawiający wymagał, aby roboty ujęte w wykazach były „wykonane” tzn. zakończone w wymaganym 5 - letnim okresie. Zamawiający nie wskazał natomiast w treści warunku, wbrew twierdzeniom Odwołującego Covec, że roboty te mają być objęte odbiorem końcowym całej inwestycji. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Covec, że roboty potwierdzające wymagane doświadczenie mają być odebrane odbiorem końcowym, taki wymóg nie wynika z treści samego warunku udziału w postępowaniu a zatem interpretacja taka nie znajduje uzasadnienia. W ocenie Izby, powoływany przez Odwołującego Covec wzór załącznika nr 7 „Doświadczenie zawodowe”, gdzie Zamawiający wymagał podania „daty odbioru” oraz „długości odebranych odcinków” nie tworzy warunku udziału w postępowaniu i nie może zmieniać, rozszerzać wymogów określonych w treści warunków sformułowanych w siwz i ogłoszeniu. Skoro Zamawiający w treści warunku doświadczenia określił jedynie, że roboty mają być wykonane tzn. zakończone w wymaganym okresie, to nieuzasadnionym jest dokonywanie innej analizy i wywodzenie jedynie w oparciu o „wzór załącznika”, który ma charakter pomocniczy, że roboty miały być

49

objęte odbiorem końcowym. Z treści pkt 6.9 siwz, gdzie Zamawiający określił zakres dokumentów, potwierdzających warunek doświadczenia, wynika, zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów konieczność podania: przedmiotu zamówienia, daty wykonania (a nie odebrania) i adresów odbiorców wykonanego zamówienia. Brak natomiast konieczności wskazania „daty odbioru robót” czy „długości odebranych odcinków”. Przysiąc należy, że użycie we wzorze załącznika nr 7 „Doświadczenie zawodowe” sformułowanie „data obioru”, „długość odebranych odcinków” nie koresponduje z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w siwz i ogłoszeniu. Odmienne interpretacja postanowień siwz byłaby, zdaniem Izby, niedozwoloną modyfikacją treści warunków udziału w postępowaniu i stanowiłaby naruszenie art. 38 ust. 5 ustawy pzp

w jego brzmieniu przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 roku. Ponieważ pomiędzy sformułowanym warunkiem doświadczenia a załącznikiem nr 7 zachodzi pewna niespójność, to, zdaniem Izby, istotne znaczenie dla właściwego określenia wymogu ma treść samego warunku wskazana w pkt 5.4 siwz oraz w ogłoszeniu, a nie treść załącznika nr 7, który ma znaczenie pomocnicze – ma ułatwić sporządzenie i podanie informacji, które są wymagane warunkiem udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje również, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są nieprecyzyjne, niespójne i mogą wprowadzać oferentów w błąd (podobnie np. wyrok o sygn. akt KIO/UZP 250/08). Niezależnie od powyższego należy zauważyć, na co wskazał sam Odwołujący Mostostal Warszawa S.A., że pojęcie „odbior” nie jest pojęciem jednolitym, bowiem rozróżnia się odbiór częściowy, końcowy, pogwarancyjny. Zamawiający, posługując się we wzorze załącznika nr 7 pojęciem „odbior robót” nie sprecyzował o jaki odbiór chodzi, zatem przyjęcie przez Odwołujących, że roboty winny być objęte odbiorem końcowym jest nadinterpretacją.

Podsumowując, z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika, aby wykazane roboty były objęte odbiorem końcowym całej inwestycji oraz aby realizacja całego kontraktu (całej inwestycji) dobiegła końca. Możliwe jest zatem wykazanie się zakończeniem robót na pewnych odcinkach całego kontraktu (części robót w ramach całego kontraktu), pod warunkiem, że prace te zostały zakończone a wykonane roboty zostały odebrane np. odbiorem częściowym i odpowiadają robotom wymaganych przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Nie jest zatem konieczne wykazanie się zrealizowaniem i odebraniem końcowym prac objętych całym kontraktem, który może obejmować kilka linii metra i trwać wiele lat.

50

Przy tak złożonej i skomplikowanej inwestycji, jaką jest budowa metra, kolei podziemnych czy innych tego typu inwestycji, których czas realizacji często przekracza nawet 5 lat, stawianie wymogu, aby cały kontrakt był zakończony i objęty odbiorem końcowym całej inwestycji powodowałoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i ograniczałoby dostęp do zamówienia publicznego. Celem stawianych warunków udziału w postępowaniu jest wybór wykonawcy doświadczonego, dającego gwarancję należytej i zgodnej z umową realizacji zamówienia.

Niewątpliwym jest, że dla oceny spełnienia warunku wymaganego doświadczenia przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, należy dokonać zsumowania ich potencjałów i wziąć pod uwagę łączne spełnienie warunku wymaganego doświadczenia przez wszystkich członków konsorcjum.

Izba, oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Astaldi, zważyła co następuje:

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy zgłoszony przez Konsorcjum Covec w piśmie z dnia 18.06.2009 roku o powołanie biegłego i przeprowadzenie dowodu z jego opinii, na okoliczność nie wykazania się przez Konsorcjum Astaldi wymaganym w siwz doświadczeniem zawodowym, przez ustalenie stanu faktycznego w zakresie:

1. stanu zaawansowania robót – budowa metra Rzym - Viterbo
2. stanu zaawansowania robót – budowa metra w Brescii

na dzień składania ofert i odpowiednio na dzień złożenia uzupełnienia oferty oraz datę odbiorów instalacji, urządzeń i systemów całoliniowych, a także czy Konsorcjum wykonało prace należycie, jakie prace i kiedy nastąpił ich odbiór.

Izba uznała, że zebrany materiał dowodowy w sprawie, złożony przez strony i uczestnika postępowania i przedstawione stanowiska stron są wystarczające dla rozstrzygnięcia kwestii objętej wnioskiem dowodowym, zatem wniosek ten jako zbędny i zmierzający jedynie do przewlekłości postępowania – oddaliła.

Rozważając zarzuty zgłoszone przez Odwołujących, Izba dokonała analizy poszczególnych inwestycji, ujętych w treści oferty z dnia 16 lutego 2009 oraz w uzupełnieniu z dnia 20 marca 2009 roku, ustaliła i zważyła co następuje:

1. **Linia kolejowa Rzym -Viterbo** - w ofercie z dnia 16 lutego wskazano na wykonanie:

- 2.3 km tunelu wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) wraz z wykonaniem wszystkich robót wyposażeniem budowlanych z obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe;

51

- 1 stacji z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tej stacji;

W wykazie podano datę odbioru – październik 2006 rok.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku, Konsorcjum Astaldi załączyło:

1. Szczegóły umowy o charakterze złożonym i podobnym (tłumaczenie str. 539 - 540) – dokument został wystawiony w dniu 4 lipca 2008 roku przez „kierownika robót” (w oryginale określonego jako direttore dei lavori) - Giovanni de S. W poz. 4 tego dokumentu wskazano na „charakter robót zgodnych z umową, przyjętych do realizacji przez Wykonawcę”, zaś w poz. 8 tego dokumentu wskazano, że zakończenie robót nastąpiło w październiku 2006 roku.
2. Protokół zakończenia inwestycji „Stacja Cztery Wiatry” („Quattro Venti”) (tłumaczenie str. 543 - 544) – dokument wystawiony w dniu 12 października 2006 roku, gdzie stwierdzono, że „roboty zostały zakończone”, co umożliwia uruchomienie stacji oraz doskonałe jej wykorzystanie, „na prośbę Zleceniodawcy projektu przewidziano uruchomienie stacji Quattro Venti od dnia 15 października 2006 roku” .

Dodatkowo Przystępujący Astaldi załączył do pisma „Odpowiedź na zarzuty dotyczące doświadczenia Przystępującego do postępowań odwoławczych” - oświadczenie Dyrektora Kontraktu dotyczące Węzła w Rzymie, Strefa Operacyjna Centrum - Zachód (dokument z dnia 15 maja 2009 roku), podpisany przez Giovanni de S. – inspektora nadzoru inwestorskiego. W przedmiotowym dokumencie mgr inż. Giovanni de S., pełniący funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego (Inżyniera Kontraktu), na prośbę Astaldi S.p.A. na podstawie protokołu zakończenia robót „Przystanek Quattro Venti” z dnia 12 października 2006 roku, a także Szczegółowych warunków umowy z dnia 4 czerwca 2008 roku, oświadczył, że w ramach kontraktu Astaldi wykonała:

Tunel kolejowy o pojedynczym torze na linii Rzym – Viterbo od km 0+ 386 do km 2+ 673, tunel położony jest na terenie miejskim i został wykonany z zastosowaniem zmechanizowanej tarczy TBM typu EPB. Ponadto Astaldi wykonała w tym tunelu wszystkie instalacje całoliniowe, nawierzchnię kolejową i trakcję elektryczną. Prace zostały zakończone a tunel został oddany do eksploatacji i uruchomiony dla ruchu kolejowego w dniu 31.07.2006 roku.

Z dokumentu tego wynika również, że „Astaldi zbudowała podziemną stację „Przystanek Quattro Venti”. Stacja została wyposażona we wszystkie niezbędne instalacje techniczne (elektryczne, przeciwpożarowe, wentylacyjne, windy, schody ruchome, odpompowywania wód gruntowych) i została otwarta dla ruchu pasażerskiego w dniu 15 października 2006 roku.

52

Odnosząc się do zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego Mostostal i Covec Izba zważyła co następuje:

Nie można zgodzić się z Odwołującymi, że dokument znajdujący się na stronach 539 - 540 „Szczegóły umowy o charakterze złożonym i podobnym” jest dokumentem wewnętrznym Astaldi, wystawionym przez kierownika robót a nie przez zamawiającego. W tłumaczeniu tego dokumentu Giovanni de S. został określony jako kierownik robót, co w oryginale zostało określone jako „direttore dei lavori”. Przystępujący wyjaśnił, że sformułowanie to jest tłumaczone różnie jako dyrektor robót, kierownik robót czy inżynier kontraktu lub inspektor nadzoru inwestorskiego – ale zawsze jest to przedstawiciel zamawiającego na budowie, czemu Odwołujący nie zaprzeczyli. Potwierdzeniem pełnionej przez tę osobę funkcji jest treść protokołu zakończenia inwestycji „Stacja Cztery Wiatry” (strona 543 - 544), gdzie znajduje się sformułowanie, że „inż. Giovanni de S. – jako kierownik robót, na prośbę Zleceniodawcy i w wyniku przeprowadzonych kontroli, wspólnie z panią inż. Francesco

Roselli, kierownikiem budowy ze strony A.T.I.". Z tego stwierdzenie wynika, że Giovanni de S. pełnił w tej inwestycji funkcję przedstawiciela zamawiającego i działał na jego zlecenie. Wątpliwości co do funkcji pełnionej przez inż. Giovanni de S. zostały jednoznacznie wyjaśnione w treści oświadczenia z dnia 15 maja 2009 roku, gdzie wskazano, że pełni on funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (Inżyniera Kontraktu). Stanowisko Odwołującego, że Giovanni de S. jest przedstawicielem wykonawcy a nie zamawiającego nie zostało poparte żadnym dowodem, oparte jest jedynie na przypuszczeniach, które nie są uzasadnione w świetle wyżej wskazanych dokumentów złożonych przez Konsorcjum Astaldi.

W ocenie Izby z przedłożonych dokumentów w sposób nie budzący wątpliwości wynika również, że roboty obejmujące wykonanie tunelu o długości 2,3 km z zastosowaniem tarcz TBM zostały wykonane – zakończone w sposób należyty. W pkt 10 tiret pierwszy i drugi „Szczegółów Umowy o Charakterze Złożonym i Podobnym” wskazano, że w ramach kontraktu wykonano: „tunel o wewnętrznej średnicy wykopu 7m, długości 2300 m, wykonany z prefabrykowanych bloków”, przy zastosowaniu mechanicznej metody wykonania wykopu z zastosowaniem TBM - EPB. Zatem nie jest zasadne, wskazanie przez Odwołujących jedynie na treść zawartą na stronie 540 tego dokumentu i twierdzenie, że w ramach przedmiotowej inwestycji wykonano linię trakcyjną o długości 2300 m.

W pkt 8 tego dokumentu wskazano, że data zakończenia robót przypadła na październik 2006 rok, przy czym pkt 4, który wskazuje Odwołujący Covec, określa jedynie „charakter robót zgodnych z umową, przyjętych do realizacji” a nie wskazuje daty zakończenia robót, która jest podana w pkt 8 tego dokumentu.

53

Nie można zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego Mostostal, że z dokumentu z dnia 12.10.2006 roku (strona 543 - 544 oferty) nie wynika potwierdzenie należytego wykonania robót. W treści dokumentu zawarto stwierdzenie, że „roboty zostały zakończone, co umożliwia uruchomienie stacji i doskonałe jej wykorzystanie”. W ocenie Izby, dokument potwierdza należyte zakończenie prac związanych z budową stacji Quattro Venti, zaś dokument na stronie 539- 540 stanowi potwierdzenie zakończenia i należytego wykonania robót związanych z budową tunelu o długości 2300 m z użyciem metody TBM - EPB, co wynika wprost z użytych w ich treści sformułowań. Dla uznania, że dokumenty odpowiadają wymaganiom § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 w sprawie rodzajów dokumentów nie jest niezbędne, aby w ich treści zawarte było słowo „wykonane należyte”. Wystarczające jest zastosowanie zwrotu bliskoznacznego, z którego wynika wykonanie prac zgodnie z umową.

Nie można zgodzić się z Odwołującym Covec, że jeśli z treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie stacji Quattro Venti nie wynika czy stacja została wykonana z przejściem tarcz TBM przez jej konstrukcję czy też nie, dokument ten jest bezprzedmiotowy. Podobnie, Odwołujący wskazuje, że z treści złożonych w ofercie dokumentów nie wynika, że prace obejmowały wyposażenie obiektu we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem przyjmuje się, że zamawiający nie może żądać, aby z przedkładanych dokumentów wynikało coś więcej poza stwierdzeniem należytego wykonania robót. Informacja na temat zakresu wykonanych prac, metody wykonanych robót wynika zasadniczo z wykazu robót, które jest oświadczeniem złożonym przez samego wykonawcę. Skoro Konsorcjum Astaldi złożyło w ofercie oświadczenie, że stacja Quattro Venti jest stacją wykonaną z przejściem tarcz TBM oraz że w ramach inwestycji wykonano roboty budowlane z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe, a Odwołujący nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, to sam brak wskazania w treści dokumentów zakresu czy metody wykonanych robót nie może być skutecznie kwestionowany przez Odwołującego.

Izba zwraca uwagę na okoliczność, że przepisy prawa nie precyzują treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 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), dokumenty mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie robót. Celem referencji jest bowiem wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania robót, zatem nie ma konieczności wskazywania w jej treści terminów realizacji, zakresu

wykonanych robót. Nieuzasadnionym jest zatem żądanie od wykonawcy, aby w dokumentach zawarto np. zakres zrealizowanych robót lub coś więcej niż tylko

54

potwierdzenie należytego wykonania robót. Pozostałe informacje wymagane przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu (daty realizacji, zakres robót itp.) wynikają, co do zasady, z oświadczeń wykonawcy złożonych w ofercie.

Katalog dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót jest katalogiem otwartym, dokumentami takimi mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty wydawane w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę. Istotne jest to, że wybór stosownego dokumentu należy do wykonawcy. Wobec powyższego należy podkreślić, że nie ma konieczności, jak twierdzi Odwołujący Covec, przedstawiania celem potwierdzenia należytego wykonania prac świadectw odbioru końcowego prac przez zamawiającego. Wybór dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac należy do wykonawcy, istotne jest to aby dokument ten potwierdzał okoliczność należytego wykonania prac wymienionych w wykazie robót przez wykonawców. Przy ocenie dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania prac trzeba mieć na uwadze również odmienne uregulowania prawne panujące w tym zakresie w krajach, w których mają siedziby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. W oparciu o wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w piśmie „odpowiedź na zarzuty dotyczące doświadczenia” w zakresie dokumentów wystawianych w tym kraju na potwierdzenie należytego wykonania robót, należy uznać, że nie jest uzasadnione żądanie „Świadectwa Odbioru” (Certificato di Collaudo), skoro dokument ten jest, jak twierdzi Przystępujący, wystawiany po ukończeniu całej inwestycji, w terminie „znacznie przekraczającym moment fizycznego ukończenia robót”. Wystarczającym dla potwierdzenia wykonanych robót w niniejszym postępowaniu, jest np. wydawany we Włoszech dokument o nazwie „Świadectwo Ukończenia Robót” lub „Świadectwo Wykonania Robót”, które są wydawane dla robót w trakcie realizacji całej inwestycji długoterminowej, ale po zakończeniu pewnego etapu robót albo robót ukończonych ale jeszcze nie „certyfikowanych w sposób ostateczny” za pomocą Świadectwa

Podsumowując, Izba uznała, w odniesieniu do inwestycji Rzym – Viterbo, że przedłożone przez Konsorcjum Astaldi dokumenty potwierdzają wykonanie:

- 2,300 km tunelu na terenie miejskim z zastosowaniem tarcz zmechanizowanych TBM wraz z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe,
- 1 stacji Quattro Venti z przejściem tarcz TBM przez jej konstrukcję.

55

2. **Metro Brescia** (etap Prealpino - Santa Eufemia) - w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku wskazano na wykonanie:

- 5.1 km tunelu w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM);
- 5 stacji z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji;
- 2 stacje bez przejścia tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji;

Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono w ofercie:

1. zaświadczenie z dnia 22 stycznia 2009 roku „Metro Naziemne Brescia. Automatyczne metro naziemne. Odcinek Prealpino - San. Eufemia (tłumaczenie na stronie 546). Z treści dokumentu podpisanego przez Dyrektora Robót – Enrico A. z dnia 22 stycznia 2009 roku, wynika, że „w dniu dzisiejszym zostały zakończone roboty:

- 5,1 km tunelu z dwoma nitkami torów, wykop został zrealizowany tarczą typu TBM,
- 5 stacji wykonanych z przejściem na pusto tarczy TBM (stacje Volta, Lamarmora, Brescia2, FS i Marconi),
- 2 stacje z konstrukcją uzupełnioną pracami instalacyjnymi przed przejściem tarczy TBM (stacje Vittoria i S. Faustino).

Jednocześnie w ostatnim akapicie tego dokumentu wskazano, że „według dzisiejszego

stanu, prace są w toku, a roboty wykonane do tej pory nie stanowiły przedmiotu sporu". W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 9 marca 2009 roku, Konsorcjum Astaldi wskazało w uzupełnionym wykazie w poz. 2 wykonanie 4, 8 km tunelu zrealizowanego tarczą typu TBM oraz wykonanie 4 stacji (Volta, Lamarmora, Brescia2, FS) z przejściem tarcz TBM i 2 stacji (Vittoria i S. Faustino) bez przejścia tarcz TBM. Na stronie 233 uzupełnienia załączono zaświadczenie z dnia 12 marca 2009 roku, wystawione przez Enrico A., w którym potwierdza się, że w dniu 30 września 2008 roku zostało zakończone m.in. :

- 4,8 km tunelu dwutorowego, wykop zrealizowany tarczą typu TBM (...) •
- 4 stacje wykonane z przejściem na pusto tarczy TBM,
- 2 stacje z przejściem tarczy TBM przez konstrukcję stacji.

Wskazano, że „roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z założeniami projektu i nie stanowiły przedmiotu sporu”.

56

Odnosząc się do zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego Mostostal, należy wskazać, że referencje zostały podpisane przez Enrico A., który jak wynika z dokumentu z dnia 5 maja 2009 roku załączonego przez Przystępującego Astaldi do odpowiedzi na zarzut doświadczenia, pełnił „funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego budowy (...), która obejmuje kontrolę i weryfikację w imieniu i na rzecz Zamawiającego należytego wykonania robót podczas ich trwania, jak również wystawianie świadectw odbioru tychże robót”. Zatem twierdzenia Odwołującego, że referencje zostały rzekomo wystawione przez „nieodpowiedniego zamawiającego” pozostają bez dowodu, a w świetle poczynionych wyżej ustaleń są bezzasadne.

Niezasadnym jest również twierdzenie, że referencje winny wskazywać na zakres wykonanych robót. W tym miejscu Izba odsyła do rozważań zawartych w części dotyczącej inwestycji metro Rzym – Viterbo, z których wynika, że treść referencji musi potwierdzać należyte wykonanie zamówienia i brak konieczności wskazywania pełnego zakresu wykonanych robót, bowiem w tym zakresie wystarczające jest oświadczenie wykonawcy. Ponadto, co wykazano również w odniesieniu do inwestycji Rzym - Viterbo, nie ma konieczności przedstawiania dokumentów potwierdzających odebranie robót przez zamawiającego, wystarczające są referencje które potwierdzają wykonanie tzn. zakończenie robót.

Dowody w postaci fotografii za stron internetowych metra Brescia, przedłożone przez Odwołującego Mostostal do pisma procesowego z dnia 15 czerwca 2009 roku, na okoliczność wykazania, że stacje Volta, Lamarmora, Brescia2, F.S., Vittoria, San Faustino nie zostały wykonane a stan zaawansowania robót waha się między 19 a 58 %, pozostają bez znaczenia, w świetle okoliczności przyznania przez Przystępującego Konsorcjum Astaldi w piśmie „Odpowiedź na zarzuty dotyczące doświadczenia” (strona 8) , że cyt. „w ramach przedmiotowego kontraktu wykonano również podstawowe roboty budowlane dotyczące 4 stacji (Volta, Lamarmora, Brescia2 i FS) z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji oraz roboty budowlane dotyczące 2 stacji (Vittoria, S. Faustino) bez przejścia tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji”.

W ocenie Izby, okolicznością przyznaną przez Przystępującego jest to, że wymienione stacje nie zostały jeszcze wykonane i zakończone a zatem nie mogą być wzięte pod uwagę dla oceny spełniania warunku wymaganego doświadczenia zawodowego.

Analogicznie, w świetle okoliczności przyznanej przez Przystępującego Astaldi, że prace na wskazanych stacjach są nadal w toku, bezprzedmiotowy jest dowód załączony do odwołania przez Odwołującego Covec w postaci wydruków fotografii z dnia 6 i 20 maja 2009 roku ze strony internetowej metra Brescia obrazujący stan zaawansowania robót na poszczególnych stacjach. Za bezprzedmiotową dla sprawy Izba uznała także informację elektroniczną z Urzędu Miasta Brescia, załączoną do pisma Odwołującego Covec z dnia 10 czerwca 2009

57

roku, w którym Brescia potwierdza prawdziwość informacji podawanych na stronie internetowej w odniesieniu do stanu zaawansowania prac nad wykonaniem metra w Brescii.

Odnosząc się do różnic w ilości km wykonanego tunelu oraz ilości stacji w wykazach

zawartych w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku a następnie w uzupełnieniu z dnia 20 marca 2009 roku w ramach tej samej inwestycji – metro Brescia, Izba wzięła pod uwagę dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy pzp w jej brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008 roku (art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej), zgodnie z którą wzywa się wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Oświadczenia lub dokumenty winny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Zatem z przywołanego przepisu wynika, że zamawiający ocenia wykonawcę, od którego zażądał uzupełnienia, na dzień, w którym upływa wyznaczony termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Przy czym zgodnie z orzecznictwem przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp (w jego brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku) ma zastosowanie nie tylko do uzupełnienia brakujących dokumentów (dokumentów nowych) ale również dokumentów błędnych – już istniejących ale nie spełniających wymagań określonych przez zamawiającego (podobnie wyroki Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 245/07 oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 roku, Sygn. akt X Ga 223/07).

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Covec, że treść referencji zawarta w ofercie, wystawiona w dniu 22 stycznia 2009 roku pozostaje w sprzeczności z treścią referencji z dnia 12 marca 2009 roku – złożoną w wyniku wezwania do uzupełnienia i dotyczącą tej samej inwestycji metra w Brescii. Dokumenty te dotyczą innych okresów realizacji – załączone w ofercie dotyczą robót zakończonych „w dniu dzisiejszym”, a zatem w dniu 22 stycznia 2009, który jest dniem wystawienia referencji, zaś referencje przedłożone w wyniku uzupełnienia obrazują stan robót na okres wcześniejszy tj. do dnia 30 września 2008 roku. Zatem z uzasadnionych względów zakres robót wymieniony w treści tej referencji jest mniejszy niż podany w referencji znajdującej się w ofercie. Ponieważ referencje załączone w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku, odnosiły się do stanu na dzień 22 stycznia 2009 roku, a więc okresu późniejszego niż 5 – letni okres od dnia wszczęcia postępowania a zatem uzasadnionym było ich uzupełnienie jako dokumentów nie potwierdzających wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

58

Wobec powyższego stanowisko Odwołującego Covec, że w ofercie podano nieprawdziwe informacje jest bezzasadne.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego Covec, że Konsorcjum Astaldi winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 z uwagi na fakt podania nieprawdziwych informacji. Stosownie do przywołanego przepisu z udziału w postępowaniu wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, pod warunkiem że informacje te mają wpływ na wynik postępowania. Zatem nie każda nieprawdziwa informacja podana przez wykonawcę skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem go z udziału w postępowaniu, przepis bowiem wymaga wykazania wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania.

Izba podkreśla, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów nie wykazał, że w ofercie podano nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania.

Izba uznała, że skoro stacje wymienione w ramach inwestycji metro w Brescii, w świetle przyznania przez Przystępującego Astaldi, nie zostały zakończone to nie mogą być wzięte pod uwagę do oceny spełniania warunku wymaganego doświadczenia.

Podsumowując, w zakresie tej inwestycji należy uznać za wykonane 4,8 km tunelu dwutorowego zrealizowanego metodą TBM, co potwierdza referencja z dnia 12 marca 2009 roku (strona 233 uzupełnienia). Wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionowali wykonania tunelu a jedynie zakończenie robót na wskazanych stacjach metra.

3. Metro w Neapolu - linia 1, odcinek 4, w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku wykazano, że w ramach tej inwestycji wykonano:

- 2.300 m tunelu wykonanego metodą NATM w mieście wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe;

Budowa linii metra została podzielona na 3 odcinki:

- 4.1. Rosa - Materdei – zakończony w marcu 2006 roku
- 4.2 Materdei - Museo – zakończony w marcu 2006 roku
- 4.3 Museo - Dante – zakończony w lutym 2000 roku.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono w ofercie

1. Kompleksowy wyciąg z umowy (tłumaczenie str. 549 -550) Metro w Neapolu -Linia 1: odcinek 4”,

59

2. Protokół zakończenia robót odcinka 4.1 z dnia 6 marca 2006 roku (tłumaczenie str. 555- 556),
3. Protokół zakończenia robót odcinka 4.2 z dnia 6 marca 2006 roku (tłumaczenie str. 563- 564),
4. Protokół zakończenia robót odcinka 4.3 z dnia 24 lutego 2000 roku (tłumaczenie str. 568)

Z treści protokołów zakończenia robót dla odcinka 4.1 oraz 4.2 wynika, że „prace, o których mowa w niniejszym protokole zostały w większości zakończone dnia 04.07.2003”, zaś w przypadku odcinka 4.2 dnia 12.04.2001 roku.

W wyniku uzupełnienia dokumentów w wykazie (strona 230 uzupełnienia) przedstawiono dla tej inwestycji wykonanie:

- 4 280 m tunelu wykonanego metodą NATM w mieście wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe;
- 2 stacje bez przejścia tarcz TBM (Museo i Mater Dei).

Jednocześnie do pisma z dnia 20 marca 2009 roku, Konsorcjum Astaldi załączyło referencje z dnia 13 marca 2009 roku wystawione przez Metropolitana di Napoli - koncesjonariusza, który powierzył na mocy umowy z dnia 1 lutego 1988 roku wspólnie działającym podmiotom, w skład których wchodzi również Astaldi S.p.A, działającym przez spółkę o charakterze konsorcjum pod nazwą CO.ME. NA. – wykonanie 4 - tego odcinka metra od stacji Salvator Rosa do Stacji Dante (Linia nr 1 metra w Neapolu).

Bezspornym jest, że odcinek 4.3 jak wykonany w 2000 roku, to znaczy poza 5 - letnim wymaganym okresem od dnia wszczęcia postępowania i nie może być oceniany do spełnienia warunku wymaganego doświadczenia.

Referencje i wykaz potwierdzają natomiast wykonanie łącznie na odcinku 4.1 - 1 450 m tunelu podziemnego metodą NATM oraz 1 stacji metra Mater Dei bez przejścia tarcz TBM, zaś w ramach realizacji na odcinku 4.2 – wykonanie 2 830 m tunelu podziemnego metodą NATM oraz 1 stacji metra Museo bez przejścia tarcz przez jej konstrukcję. Roboty na tych odcinkach zostały zakończone 6 marca 2006 roku i zostały wykonane „według projektu, zgodnie z zasadami sztuki i nie stanowiły przedmiotu sporu”, co wynika wprost z treści uzupełnionej referencji na stronie 224 – 225 uzupełnienia z dnia 20 marca 2009 roku.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego Mostostal, że inwestycja metro Neapol nie spełnia wymogu, bowiem wykonana jest przy zastosowaniu innej niż wymagana przez Zamawiającego technologii, NATM a nie TBM, Izba zwraca uwagę na okoliczność, że inwestycja ta została wykazana jako realizacja co najmniej 1 km tunelu w

60

mieście wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe. W ocenie Izby konieczność wykonania tunelu w technologii TBM odnosi się jedynie do wykonania 5 km tunelu, natomiast w odniesieniu do dodatkowego 1 km tunelu transportu szynowego w mieście zamawiający nie stawiał żadnych wymogów w zakresie wymaganej technologii robót. Zatem wykonanie robót w technologii NATM w zakresie tunelu transportu szynowego w mieście jest zgodne z wymaganiami siwz, pod warunkiem, że obejmuje także wykonanie

robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe.

Niezasadnym jest także zarzut Odwołującego Mostostal oraz Odwołującego Covec, że Astaldi S.p.A. nie może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji, bowiem dokument został wystawiony na spółkę CO.ME.NA. Z treści protokołów zakończenia robót dla poszczególnych odcinków wynika, że wykonawcą inwestycji było zgrupowanie przedsiębiorstw, w skład którego wchodziło: Astaldi S.p.A., De Lieto Costruzioni Generali S.p.A. oraz Giustino Costruzioni S.p.A, które utworzyły aktem z dnia 6 lutego 1985 roku konsorcjum o nazwie CO.ME.NA. celem realizacji przedmiotowej inwestycji. Kontrakt został przyznany utworzonemu konsorcjum CO.ME.NA. przez koncesjonariusza wybranego przez Miasto Neapol – Metropoli di Napoli S.p.A. Zatem nie ma przeszkód prawnych, aby Astaldi S.p.A. nie mogło wykazywać się doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji robót przez konsorcjum CO.ME.NA, w skład którego niewątpliwie wchodziło i brało udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy zaznaczyć, że członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia a zatem mają również pełne prawo wykazywania się doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji robót w danym konsorcjum nawet jeśli, w oparciu o przepisy obowiązujące w innych krajach, będą musiały zawiązać nowy podmiot – spółkę celem wspólnej realizacji zamówienia. Konsekwencją odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum za należyte wykonanie całego zamówienia jest możliwość posługiwania się przez każdego z członków tego konsorcjum dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia. Zatem słusznym jest pogląd, zaprezentowany przez Przystępującego Astaldi, że doświadczenie uzyskane w ramach realizacji robót przez konsorcjum jest doświadczeniem spółek tworzących to konsorcjum. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do odmowy uznania doświadczenia podmiotów mających siedzibę za granicą, które ze względu na obowiązujące w ich kraju przepisy, do realizacji zamówienia musiały powołać nową osobę prawną, co miałoby charakter dyskryminujący i stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

61

W odniesieniu do pozostałych zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego Covec w zakresie inwestycji metro w Neapolu, Izba zważyła, że jak wskazano wyżej inwestycja została podana celem potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wykonania 1 km tunelu w mieście wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe, w stosunku do którego Zamawiający nie wymagał użycia technologii tarcz zmechanizowanych, zatem zarzut, że tunel został wykonany w technologii NATM jest niezasadny.

W treści uzupełnionego wykazu znajduje się oświadczenie wykonawcy, że tunel został wykonany ze wszystkimi robotami budowlanymi z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe. Okoliczność, że w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót brak takiego potwierdzenia jest bez znaczenia, bowiem jedyną konieczną informacją, jaką ma potwierdzać treść referencji jest należyte wykonanie robót, a takie stwierdzenie zostało w niej niewątpliwie zawarte. Dodatkowo wszelkie wątpliwości rozwiewa oświadczenie Gminy Napoli z dnia 25 maja 2009 roku, złożone wraz z pismem procesowym Przystępującego Astaldi, w którym stwierdza się, że spółka Astaldi S.p.A., mająca udziały w Metropolitana di Napoli, wykonała: 5 stacji metra – wszystkie wraz z pracami wykończeniowymi, z wyposażeniem w urządzenia elektromechaniczne (schody ruchome, windy, instalacje kontroli podróży, bramki, instalacje wodne i sanitarne, instalacje elektryczne, instalacje przeciwpożarowe, instalacje wentylacyjne główne i dodatkowe). Wykonane tunele w systemie NATM wyposażone były w instalacje elektromechaniczne w tym instalacje kolejowe całoliniowe (sieć trakcyjna – sygnalizacyjna – telekomunikacyjna).

Nie można zgodzić się z Odwołującym Covec, że skoro, co jest okolicznością przyznaną przez Przystępującego Astaldi, prace sygnalizacyjne powierzono podwykonawcy, to w ofercie podano nieprawdziwe informacje. Przystępujący przyznał, że cyt. „ w świetle prawa polskiego ma uprawnienia do posługiwania się doświadczeniem swojego podwykonawcy i w takim znaczeniu składał oświadczenie o wykonaniu tunelu transportu szynowego w mieście wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów

budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe". Wobec powyższego przyznania, bezprzedmiotowy pozostaje dowód złożony przez Odwołującego Covec – wydruk ze strony internetowej z dnia 6 maja 2009 roku, na okoliczność, że Astaldi S.p.A. nie była wykonawcą niektórych systemów. Nieuzasadnionym jest twierdzenie Odwołującego Covec, że informacja, zawarta w ofercie, że wykonawcą wszystkich robót jest Astaldi S.p.A., podczas gdy niespornym między stronami jest, że prace sygnalizacyjne powierzono podwykonawcy, jest informacją nieprawdziwą. W ocenie Izby, Przystępujący ma prawo uznawać roboty wykonywane przez swoich podwykonawców za roboty własne, skoro są one wykonywane pod jego nadzorem, na jego zlecenie w jego

62

imieniu a wykonawca zlecający te roboty odpowiada za nie jak za swoje. Zatem ma prawo wykazywać te roboty jako swoje doświadczenie.

Niezasadnym jest także stanowisko Odwołującego Covec, że skoro w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku podano 2 300 m tunelu, zaś w uzupełnieniu z dnia 20 marca - 4 280 m tunelu, to okoliczność ta świadczy o podaniu nieprawdziwych informacji. Podkreślić należy, że Konsorcjum Astaldi wezwane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów i wykazania się wymaganym doświadczeniem, miało prawo załączyć nowe dokumenty, które potwierdzały wymagane przez zamawiającego warunki a zatem miało prawo złożyć nowe referencje potwierdzające należyte wykonanie dłuższych niż wskazane w pierwotnej ofercie odcinków tunelu czy ilości stacji.

Złożenie nowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, zawierających większe ilości i długości wykonanych robót nie czyni informacji zawartych w pierwotnej ofercie nieprawdziwymi. Nieuprawnionym jest wywodzenie faktu podania nieprawdziwych informacji z samego porównania dokumentów złożonych w ofercie z dokumentami uzupełnionymi na wezwanie zamawiającego. Skoro ustawodawca dopuścił uzupełnianie brakujących

(przedkładanie oraz uzupełnianie dokumentów dokumentów dokumentów nowych)

zawierających błędy to należy uznać, że dopuścił również korygowanie treści dokumentów, które nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego a dokonanie takiej korekty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie można oceniać jako podanie nieprawdziwych informacji. Podkreślić należy, że z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, aby Konsorcjum Astaldi podało nieprawdziwe informacje. O podaniu nieprawdziwych informacji można mówić, jeśli stan faktyczny rzeczywiście nie odpowiada informacjom podanym w treści dokumentów i wyjaśnień Przystępującego, a takich dowodów Odwołujący Covec nie przedstawił.

Podsumowując, w ocenie Izby za zakończone i należyte wykonane w ramach przedmiotowej inwestycji należy uznać prace polegające na wykonaniu 4 280 km tunelu wykonanego metodą NATM w mieście wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe oraz wykonanie 2 stacji metra bez przejścia tarcz TBM przez ich konstrukcję (Museo i Mater Dei).

4. **metro w Genui** odcinek Principe - Caricamento - Grazie - inwestycja wykazana w wyniku uzupełnienia z dnia 20 marca 2009 roku. W ramach tej inwestycji wykazano wykonanie:

- 3.56 km tunelu w technologii tarcz zmechanizowanych TBM; •
- 2 stacji z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji (Darsena i San Giorgio)

Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono referencje z dnia 11 marca 2009 roku (tłumaczenie strona 237 uzupełnienia), z których wynika, że cyt. „w dniu 4 lipca 2006

63

roku dokonano odbioru następujących prac, wykonanych przez Astaldi S.p.A. w ramach Konsorcjum o odpowiedzialności solidarnej:

- 3.56 km tunelu z torem pojedynczym, drążonego przy pomocy tarczy TBM EPB o średnicy 6,25 m w terenie niejednorodnym, urozmaiconym i podmokłym;
- dwie stacje zrealizowane z przejściem TBM (stacje Darsena i San Giorgio).

Prace zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z założeniami projektu i nie stanowiły przedmiotu sporu".

W odniesieniu do zarzutu zgłoszonego przez Odwołującego Mostostal oraz Odwołującego

Covec, Izba stwierdza, że cytowane wyżej referencje zostały podpisane przez inż. Carlo V., który pełni rolę Inżyniera Kontraktu, a zatem jest osobą upoważnioną do wystawiania tego typu dokumentów. Odwołujący poddali jedynie w wątpliwość czy referencje zostały podpisane przez odpowiedniego zamawiającego, nie przedstawiając żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, które choćby uprawdopodobniały fakt, że dokument został podpisany przez osobę nieupoważnioną. Skoro brak dowodu przeciwnego to należy przyjąć, że osoba podpisująca referencje jest osobą do tego upoważnioną. W praktyce przyjmuje się także zasadę dobrej wiary wykonawcy posługującego się taką referencją. Zatem nie można zgodzić się z Odwołującym Covec, że dokument ten należy traktować jako oświadczenie wykonawcy a nie dokument wystawiony przez zamawiającego.

Również twierdzenie Odwołującego Mostostal, że skoro referencje zostały opatrzone pieczęcią Stowarzyszenia Inżynierów Prowincji Genua oznacza to, że są wystawione przez podmiot nie będący zamawiającym, pozostały gołosłowne.

W świetle przedłożonego przez Przystępującego Astaldi do pisma procesowego „odpowiedź na zarzuty dotyczące doświadczenia” - Świadcstwa Odbioru Robót dla inwestycji metro w Genui, z którego wynika, że oddanie odcinka Principe – S. Giorgio do próbnej eksploatacji nastąpiło w dniu 25 lipca 2003 roku i w tym dniu Komisja Nadzoru zezwoliła na próbną eksploatację tego odcinka, twierdzenia Odwołującego Mostostal poparte wydrukami fotografii stacji metra w Genui, że prace na tym odcinku zostały zakończone latem 2003 roku należy uznać za zasadne. Okoliczność tą potwierdza również załączony przez Odwołującego Covec wydruk ze strony internetowej z dnia 19.06.2009 roku dotyczący historii metra w Genui, którego tłumaczenie na język polski Odwołujący przedstawił do pisma z dnia 25 czerwca 2009 roku. Przystępujący Astaldi przyznał również („odpowiedź na zarzuty dotyczące doświadczenia”, str. 6), że „w terminie 25 lipca 2003 roku faktycznie zostały wykonane jedynie podstawowe roboty umożliwiające rozpoczęcie próbnej eksploatacji tunelu i dwóch stacji. Pozostałe roboty nadal trwały i były wykonywane aż do 4 lipca 2005 roku”.

Izba zwraca także uwagę na rozbieżności w datach odbioru robót odcinka Principe - Grazie, gdzie w świadectwie podano datę odbioru 4 lipca 2005 roku a w referencji załączonej do

64

uzupełnienia datę 4 lipca 2006 roku. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę złożone przez pełnomocnika Przystępującego Astaldi, do protokołu rozprawy w dniu 29 czerwca 2009 roku, oświadczenie, że „4 lipca 2005 r. nastąpił odbiór robót na odcinku Principe- San Giorgio” Dodatkowo w treści pisma z dnia 2 lipca 2009 roku „stanowisko końcowe w sprawie odwołań (...)” Przystępujący przyznał, że „odcinek Principe – Caricamento - Grazie został odebrany w sierpniu 2003 roku, za wyjątkiem 2 stacji, których realizację zakończono w 2005 roku, natomiast ostateczny odbiór pogwarancyjny (collaudo) nastąpił dopiero w roku 2006”. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Covec, że nie można brać pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku doświadczenia Świadcstwa Odbioru złożonego na rozprawie w dniu 16 czerwca 2009 roku. Jak wskazał sam Odwołujący Covec w piśmie z dnia 1 lipca 2009 roku (strona 9 pisma), świadectwo odbioru zostało złożone jako dowód w sprawie, zgodnie zaś w dyspozycją art. 188 ust. 1 zdanie drugie strony (również uczestnicy postępowania) mogą składać dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej do czasu zamknięcia rozprawy.

Prace wykonane przy inwestycji metro Genua zostały wykazane celem potwierdzenia realizacji 5 km tunelu wykonanego metodą TBM dla inwestycji kolejowych, metra lub drogowych, a zatem nie ma konieczności, wbrew twierdzeniom Odwołującego Covec, wskazywania na wykonanie również wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe. W tym zakresie Izba odsyła do rozważań poczynionych w odniesieniu do inwestycji metra w Neapolu.

Podsumowując, wobec przyznania przez Przystępującego, że prace na tym odcinku metra zostały zakończone (wykonane) w sierpniu 2003 roku, a jedynie odbiór tych robót nastąpił w roku 2005 zaś odbiór ostateczny (calludo) w 2006 roku, Izba uznała, że z uwagi na faktyczne zakończenie (wykonanie) robót w sierpniu 2003 roku nie mogą być one wzięte pod uwagę dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem zostały zakończone wcześniej niż 5 lat przed wszczęciem postępowania tj. przed 18 października 2003 roku. Do oceny spełnienia warunku można jedynie przyjąć 2 stacje zrealizowane z przejściem TBM (stacje Darsena i San Giorgio), których realizację zakończono w 2005 roku.

W zakresie inwestycji wykonanych przez członka Konsorcjum Gülermak Agir Sanayi Insaat e Taahhut A.S.

1. Budowa systemu szynowej komunikacji miejskiej - linia metra Otogar - Bagcilar - w ramach inwestycji wykazano w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku.

- 20.377 m tunelu TBM, w tym wykonanie 6.155 m tunelu wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) z robotami torowymi, trakcyjnymi, montażem instalacji trakcyjnych oraz urządzeń i wyposażenia;
- 3 stacje z przejściem tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji; • 5 stacji bez przejścia tarcz TBM przez konstrukcję tych stacji;

Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono do oferty z dnia 16 lutego 2009 roku referencje wystawione przez Urząd Miejski w Stambule, z których wynika, że Gülermak „wykonała do chwili obecnej” następujące roboty m.in.: wykonanie tunelu TBM o długości 20.377 m, po przejściu TBM budowa 3 szt. stacji, wykonanie 5 stacji przed przejściem TBM. Zaznaczyć należy, że na wersji oryginalnej tureckiej tego dokumentu (strona 580 oferty) widnieje data 16 styczeń 2009 roku, a zatem roboty w nim ujęte wykraczają poza ramy czasowe 5 - letniego okresu, w którym należało wykazać się wymaganym doświadczeniem. W uzupełnionym, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, wykazie Konsorcjum Astaldi wskazało wykonanie w ramach inwestycji metro w Stambule: tunelu TBM wykonanego całkowicie w mieście, metodą TBM tunel kolejowy o długości 6 155 km w tym wykonanie robót torowych, trakcyjnych oraz urządzeń i wyposażenia. Dodatkowo wykazano drugą linię metra stanowiącą przedłużenie linii głównej tj. linii o nazwie Kirazli - Ikitelli - Olimpiyat - Kyou, gdzie długość tunelu kolejowego TBM wykonanego całkowicie w mieście wyniosła 8 769 km a długość tunelu kolejowego wykonanego metodą NATM - 3 758 km. Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono do uzupełnienia na stronie 227 referencje z dnia 19 marca 2009 roku, wystawione przez Urząd Miejski w Stambule, z których wynika, że cyt. „roboty budowlane dotyczące przedmiotu głównej umowy, czyli linii metra Otogar - Bagcilar zostały wykonane należycie i zgodnie z odpowiednią dokumentacją techniczną oraz zakończone w dniu 5.06.2008 roku”. Z treści przedmiotowej referencji wynika również, że roboty dotyczące dodatkowej linii metra (linia Kirazli - Ikitelli - Olimpiyat - Kyou), będącej przedłużeniem linii, która jest przedmiotem umowy głównej, zostały cyt. „wykonane należycie i zgodnie z odpowiednią dokumentacją techniczną oraz zakończone do dnia 10.10.2008 roku”.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego Mostostal oraz Odwołującego Covec, że treść dokumentów nie potwierdza wykonania wszystkich robót budowlanych wraz z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe, Izba zważyła, że informacja o zakresie robót została wskazana w poz. 1 uzupełnionego wykazu, gdzie podano, że zrealizowano roboty torowe, trakcyjne, montażem instalacji oraz urządzeń i wyposażenia. W ocenie Izby, co zostało wykazane wyżej w odniesieniu do analizy treści warunku udziału w postępowaniu, z treści warunku trudno wywieść jednoznaczny wniosek, że sformułowanie „wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe” należy odnosić również do wykonania 5 km tunelu dla inwestycji kolejowych, metra i drogowych. W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że skoro wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niespójnych czy niejasnych postanowień siwz to nie można przyjąć, że wymóg dotyczący wykonania wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe odnosi się również do wykonania 5 km tunelu. Wobec powyższego należy przyjąć, że wymóg wykonania robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy całoliniowe odnosi się wyłącznie do wykonania 1 km tunelu w mieście bowiem sformułowanie to następuje bezpośrednio po tym właśnie stwierdzeniu. W tym miejscu Izba odsyła do analizy treści warunku udziału w postępowaniu, której dokonano na wstępie rozważań dotyczących tego zarzutu.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że z porównania treści referencji przedłożonych w ofercie z dnia 16 lutego 2009 roku z referencjami złożonymi w wyniku uzupełnienia, wynika fakt podania przez Konsorcjum Astaldi nieprawdziwych informacji. W szczególności nie ma, w ocenie Izby sprzeczności między długością tunelu podaną w wykazie w ofercie oraz w uzupełnieniu. W wykazie w ofercie z dnia 16 lutego podano dwie długości 20.377 m tunelu TBM, w tym wykonanie 6.155 m tunelu (czyli długości odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu) wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) z robotami torowymi, trakcyjnymi, montażem instalacji trakcyjnych oraz i urządzeń wyposażenia, zatem ograniczenie (zmniejszenie) w uzupełnionym wykazie długości tunelu jedynie do 6.155 m, nie może świadczyć o podaniu nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Niezasadne jest również twierdzenie Odwołującego Covec, że wobec wskazania w treści referencji i wykazie w ofercie daty 16 stycznia 2009 roku jako daty zakończenia robót a w uzupełnionym wykazie i referencji daty zakończenia robót - 5 czerwca 2008 roku, Konsorcjum nie udowodniło daty odbioru przedmiotowych robót.

67

W ocenie Izby, wobec braku precyzyjnego wskazania daty zakończenia robót w referencji załączonej do oferty, zasadnym jest przyjęcie daty zakończenia robót wskazanej w uzupełnionym wykazie robót i w referencji z dnia 19 marca 2009 roku, tzn. daty 5 czerwca 2008 roku.

Izba uznała, że dowody załączone do odwołania przez Odwołującego Covec w postaci wydruków z oficjalnych stron metra w Stambule, wiadomości elektronicznej z Departamentu Systemu Kolei Biura Informacyjnego Gminy Okręgu Istambuł oraz wydruków ze strony internetowej Gulermak na okoliczność nie zakończenia przedmiotowej inwestycji, pozbawione są doniosłości prawnej w świetle złożonej w uzupełnieniu referencji, będącej dokumentem urzędowym, wystawionym przez Urząd Miejski w Stambule Dyrekcję Zakładu Energetyki, Transportu Tramwajowego i Tuneli czyli Zamawiającego. Wydruki ze stron internetowych mogą być nieaktualne i mogą stanowić dowód wyłącznie na okoliczność, iż w danej dacie na stronie internetowej znajdowały się określone zdjęcia, nie są zatem dowodem, na okoliczność faktycznego zaawansowania prac, który może podważyć treść wystawionego przez zleceniodawcę dokumentu. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że informacja elektroniczna z Departamentu Systemu Kolei Biura Informacyjnego Gminy Okręgu Istambuł z dnia 20 kwietnia 2009 roku przedstawiona przez Odwołującego Covec nie jest sprzeczna z treścią referencji Urzędu Miejskiego w Stambule, gdyż w referencji tej nie wskazuje się, że roboty zostały objęte odbiorem końcowym przez zamawiającego a jedynie „zakończone zostały prace związane z budową tuneli i stacji”, czemu nie zaprzecza treść informacji złożona przez Odwołującego Covec. Powyższe wskazuje ponownie na rozbieżną interpretację przez strony warunku udziału w postępowaniu.

Podsumowując, w zakresie inwestycji metro w Stambule należy uznać za potwierdzone wykonanie następujących robót:

1. tunelu kolejowego TBM wykonanego całkowicie w mieście, metodą TBM o długości 6 155 km, w tym wykonanie robót torowych, trakcyjnych oraz urządzeń i wyposażenia oraz wykonanie 3 stacji z przejściem tarcz TBM i 5 stacji bez przejścia tarcz TBM (linia Otogar - Bagcilar).
2. w ramach linii Kirazli - Ikitelli - Olimpiyat - Kyou, wykonanie: 8 769 km tunelu TBM całkowicie w mieście, 3 758 km metodą NATM oraz 1 stacji z przejściem tarcz TBM i 5 stacji bez przejścia tarcz TBM.

68

3. Budowa systemu lekkiego metra w Stambule - roboty elektromechaniczne

i wykończeniowe na odcinku Yenibosna – Havalani w ramach, których wykonano prace projektowe dotyczące wszystkich robót metra w Stambule budowlanych, statystycznych, architektonicznych, elektrycznych, instalacyjnych, mechanicznych, sygnalizacyjnych, trakcyjnych, oraz wykonanie wszystkich robót torowych, budowlanych, elektromechanicznych, architektonicznych linii o długości 3 925 m.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączono do oferty:

1. „Protokół ostatecznego odbioru” (tłumaczenie na stronie 572 -573) dotyczący budowy systemu lekkiego metra w Stambule.
2. „Świadectwo ukończenia robót” (tłumaczenie na stronie 576 -577) dotyczące budowy systemu lekkiego metra w Stambule -roboty elektromechaniczne i wykończeniowe na odcinku Yenibosna - Havaalani /Lotnisko.

Z wyżej wskazanych dokumentów wynika, że roboty zostały zakończone w 2002 roku, a zatem poza wymaganym 5 – letnim okresem i nie mogą być brane pod uwagę do oceny spełniania warunku wymaganego doświadczenia. Okoliczność tą przyznał również Przystępujący w „odpowiedzi na zarzuty dotyczące doświadczenia”.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba uznała, że członkowie Konsorcjum Astaldi S.p.A. oraz Gülermak posiadają łącznie wymagane przez zamawiającego doświadczenie w realizacji inwestycji o charakterze i technologii wykonania podobnej do będącej przedmiotem zamówienia, a zatem powierzenie realizacji zamówienia podmiotowi wykazującemu duże doświadczenie daje gwarancję wykonania inwestycji w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

III. W odniesieniu do pozostałych zarzutów podniesionych samodzielnie przez Konsorcjum Mostostal w zakresie dotyczącym oferty Konsorcjum Astaldi, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

1. brak potwierdzenia faktu niezalegania przez Gülermak Agr Sanayi w zapłacie podatków i opłat.

W pkt 6.5 siwz Zamawiający wymagał przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego albo właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne

69

lub zaświadczeń że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W pkt 7 Zamawiający wskazał, zgodnie z treścią § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.), że jeśli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 6.1, 6.4 , 6.5 – 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 uiszczeniem 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.

Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa wyżej, należy je zastąpić 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.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku zaległości w zapłacie podatków i opłat w ofercie Konsorcjum Astaldi na stronie 361- 362 oferty przedstawiono zaświadczenie członka konsorcjum – Gülermak wygenerowane przez Internetowy Urząd Podatkowy, Ministerstwo Finansów Dyrekcję Departamenty Przychodów z dnia 24 stycznia 2009 roku. Na dokumencie tym znajduje się informacja, że poprawność

danych można sprawdzić na stronie internetowej.

Odwołujący Mostostal nie kwestionuje poprawności danych zawartych w treści tego dokumentu, zarzuty Odwołującego sprowadzają się do niewłaściwej formy złożonego dokumentu, który nie został podpisany przez osobę upoważnioną ze strony urzędu podatkowego.

70

Izba zważyła co następuje:

§ 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wymaga złożenia dokumentów w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych kopii dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Na wstępie należy rozróżnić formę elektroniczną dokumentu dla zachowania której wymagane jest złożenie bezpiecznego kwalifikowanego podpisu elektronicznego od dokumentu wygenerowanego ze strony internetowej, jakim jest dokument złożony w ofercie i podkreślić, że nie jest to dokument w formie elektronicznej. Cechą charakterystyczną dokumentów wygenerowanych bezpośrednio ze strony internetowej jest, w ustalonym stanie faktycznym, to że z uwagi na okoliczność, że ich prawdziwość może być zweryfikowana przez każdego, nie wymagają one podpisu osoby ze strony instytucji wystawiającej tego typu dokumenty w odróżnieniu od dokumentów w formie elektronicznej, które dla swej ważności muszą być opatrzone podpisem elektronicznym.

Skoro dokument wygenerowany ze strony internetowej nie jest dokumentem w formie elektronicznej to właściwą dla niego formą jest forma określona w zdaniu pierwszym § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, a zatem wymagane jest złożenie tego dokumentu w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Uwzględniając powyższe należy wskazać, że dokument wygenerowany ze strony Internetowego Urzędu Podatkowego został złożony w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, przez co spełnia wymogi co do formy określone w przywołanym wyżej rozporządzeniu. Kwestionowanie formy w jakiej zaświadczenie zostało zaprezentowane byłoby uzasadnione, jeśli brak zachowania formy prowadziłby do możliwości zakwestionowania danych objętych zaświadczeniem. Wówczas przyjęć by należało, że złożone zaświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie osiągnięty został cel jaki miał na myśli ustawodawca, formułując wymagania odnośnie oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący się nie poddał w wątpliwość danych objętych zaświadczeniem i wynikającego z nich potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto należy wskazać, że złożone do akt sprawy rozporządzenie wewnętrzne z dnia 28.11.2008 roku Ministerstwa Finansów Republiki Turcji Dyrekcji Zarządu ds. Przychodów dopuszcza generowanie zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami ze strony Internetowego

71

Urzędu Podatkowego bez konieczności potwierdzania ich pieczęcią i podpisem z uwagi na możliwość skontrolowania poprawności danych w nim zawartych.

Z przedstawionego przez Odwołującego pisma z dnia 4 czerwca 2009 roku z Placówki Handlu Zagranicznego Austrii w Ankarze, wynika jedynie, że „wyciąg z podatków pochodzący z internetu nie ma mocy prawnej w tureckich przetargach”. Izba uznała, że złożony przez Odwołującego dowód jest pozbawiony znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu. Informacja zawarta w piśmie przede wszystkim odnosi się do mocy prawnej dokumentów wygenerowanych z internetu w przetargach tureckich a nie polskich a ponadto jest informacją o charakterze prywatnym – skierowaną do członka Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. a twierdzenia w niej zawarte opierają się na informacjach „zaufanego adwokata”, informacja ma więc charakter subiektywny i nie podważa przedstawionej wyżej oceny prawnej.

Wygenerowany z systemu internetowego dokument jest dokumentem urzędowym,

pochodzącym od upoważnionej do wystawiania takich dokumentów instytucji, jaką jest Urząd Podatkowy a brak pieczęci i podpisu osób ze strony urzędu nie narusza, w okolicznościach faktycznych sporu, formy wymaganej przepisami rozporządzenia oraz nie powoduje, że dane w nim zawarte są niewiarygodne.

Izba nie znalazła podstaw do uznania, że w świetle ustalonej na rozprawie praktyki organów podatkowych w Turcji, obowiązujące w tym kraju przepisy prawa nakazują wystawianie dla celów ubiegania się o zamówienie publiczne w Polsce zaświadczenia podpisanego przez upoważnionego pracownika aparatu skarbowego a wykluczają posłużenie się korzystającym z zaufania publicznego wydrukiem ze strony internetowej urzędu podatkowego.

Podkreślić ponownie należy, że Odwołujący nie kwestionował, że dane zawarte w złożonym dokumencie są niezgodne ze stanem faktycznym.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła zarzut Odwołującego co do braku potwierdzenia faktu niezalegania przez Gülermak Agr Sanayi w zapłacie podatków i opłat.

2. brak potwierdzenia sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia.

W pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu - zdolność ekonomiczna i finansowa oraz w rozdziale I pkt 5.2 siwz, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, biorący udział w postępowaniu wykazali 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

72

„Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000 000 PLN.

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

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał złożenia bilansu i rachunku zysków i strat, a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinii 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 - innych dokumenty określających obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim.

Załączone na stronach 367 - 426 oferty sprawozdanie finansowe przedstawia bilanse skonsolidowane całej grupy kapitałowej tj. Astaldi S.p.A. i jej spółek zależnych oraz podmiotów powiązanych.

Izba zważyła co następuje:

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, dokumentem składanym w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku przez w znajdowania wykonawcę sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonanie jest finansowe. zapewniającej zamówienia sprawozdanie Wykonawcą, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy pzp jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Bezspornym jest, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcami wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia są Astaldi S.p.A., Gülermak oraz PBDIM Mińsk Mazowiecki.

Niesporna jest także między stronami okoliczność, że załączone do oferty sprawozdanie finansowe przedstawia bilanse skonsolidowane całej grupy kapitałowej tj. Astaldi S.p.A. i jej spółek zależnych oraz podmiotów powiązanych. Bilanse skonsolidowane są zbiorem sprawozdań poszczególnych spółek a pozycje ujęte w bilansie skonsolidowanym są sumą wartości pozycji jednostkowych sprawozdań finansowych spółek wchodzących w skład danej

Niewątpliwie Zamawiający przyjął do oceny spełniania warunku wiarygodności finansowej dane o przychodach zawarte w bilansie skonsolidowanym Astaldi S.p.A. oraz jej spółek powiązanych i zależnych, co wynika z protokołu nr 23 prac komisji przetargowej z dnia 4 marca 2009 roku, a nie dane o przychodach dotyczące wyłącznie Astaldi S.p.A. Bez znaczenia dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego jest okoliczność, że Astaldi S.p.A. jest podmiotem dominującym w całej grupie oraz że uzyskuje dochody z tytułu wykonywania podstawowej działalności polegającej na wykonywaniu robót budowlanych samodzielnie oraz przez powołane do obsługi inwestycji konsorcja. Bilans skonsolidowany obrazuje kondycję ekonomiczno-finansową całej grupy, a nie wyłącznie Astaldi S.p.A., która jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zgodzić się z Odwołującym Mostostal, że w oparciu o bilanse skonsolidowane całej grupy kapitałowej przedstawione w ofercie Konsorcjum Astaldi, nie można określić jaka jest wysokość przychodów ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów Astaldi S.p.A., które jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu. Stanowisko to potwierdza również opinia biegłego rewidenta z dnia 4 czerwca 2009 roku, przedstawiona przez Odwołującego Mostostal.

Odwołujący Mostostal, twierdzi, że sprawozdania finansowe były przedmiotem uzupełnienia i nie jest możliwe ponowne wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu, a więc wykonawca Konsorcjum Astaldi winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Co do zasady należy zgodzić się z Odwołującym, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma charakter wyjątkowy i może być stosowany jednokrotnie. W ocenie Izby, jednak możliwość jednokrotnego zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy pzp należy odnosić do ściśle określonego zakresu objętego danym wezwaniem o uzupełnienie.

Analizując treść wezwania z dnia 9 marca 2009 roku, trzeba zauważyć, że Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, w związku z brakiem w złożonych dokumentach pozycji „przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi” - w pkt 1 a wezwał do złożenia wyjaśnień i wskazania w których pozycjach rachunku zysków i strat, stanowiących część sprawozdania finansowego Astaldi S.p.A. znajdują się wymagane informacje. W pkt 1 b pisma z dnia 9 marca 2009 roku, Zamawiający wezwał do złożenia „rachunku zysków i strat stanowiącego część sprawozdania finansowego Astaldi S.p.A. za ostatnie 3 lata obrotowe, zawierających pozycje pozwalające na wyliczenie średniego przychodu za ostatnie trzy lata obrotowe potwierdzającego spełnienie warunku określonego w pkt 5.2 rozdziału I siwz”.

Podkreślić należy, że wezwanie to było warunkowe, bowiem jak wskazał Zamawiający w treści pisma, obowiązek złożenia rachunków zysków i strat jest aktualny wyłącznie

„w przypadku, gdy załączone do oferty rachunki zysków i strat Astaldi S.p.A nie zawierają powyższych informacji dotyczących średniego przychodu”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum Astaldi wyjaśniło, że w ofercie zostały zamieszczone rachunki zysków i strat za lata 2005, 2006 i 2007 Lidera Konsorcjum Astaldi S.p.A. wraz z tłumaczeniem na język polski a w tłumaczeniu dokumentów błędnie przetłumaczono termin włoski „ricavi” jako „zysk” podczas, gdy prawidłowe tłumaczenie tego słowa brzmi „przychód”. Konsorcjum wskazało, że poz. 1 rachunku zysków i strat odnosi się do przychodu z podstawowej działalności i odpowiada polskiej pozycji „przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”. Dodatkowo celem rozwiania wątpliwości co do tłumaczenia pojęcia „ricavi” załączono do pisma z dnia 20 marca 2009 roku ponownie te same, które były załączone do oferty, bilanse skonsolidowane z poprawnie przetłumaczonym zwrotem „ricavi” jako „przychód”.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Izby, Zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, Konsorcjum Astaldi do złożenia „indywidualnych sprawozdań finansowych dotyczących Astaldi S.p.A”, wątpliwości Zamawiającego budził fakt braku podania w złożonych sprawozdaniach wymaganych pozycji dotyczących przychodów a nie fakt złożenia przez Astaldi sprawozdań finansowych skonsolidowanych i w takim zakresie

Zamawiający dokonał wezwania z dnia 9 marca 2009 roku.

Podsumowując, w ocenie Izby, Konsorcjum Astaldi nie było wzywane do uzupełniania oferty o indywidualne sprawozdania finansowe dotyczące wyłącznie Astaldi S.p.A. a zatem, w związku z przedstawieniem dokumentów, które nie potwierdzają wymaganych danych, została wypełniona przesłanka do wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Ponieważ Przystępujący Astaldi złożył wraz z pismem procesowym na rozprawie bilanse indywidualne Astaldi S.p.A. za lata 2005, 2006 i 2007 wraz z opiniami biegłych rewidentów to, w ocenie Izby, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania do ich uzupełniania stało się bezprzedmiotowe i prowadziłoby jedynie do przedłużenia postępowania o zamówienie publiczne. Jak wynika ze sprawozdań indywidualnych przychody Astaldi S.p.A. za poszczególne lata obrotowe wyniosły:

- za rok 2005 – 790 505 834 euro, podczas gdy w bilansie skonsolidowanym podano - 1 020 730 000 euro.
- za rok 2006 - 846 331 668 euro, podczas gdy w bilansie skonsolidowanym podano - 1 071 940 000 euro.
- za rok 2007 - 1 033 057 040 euro, podczas gdy w bilansie skonsolidowanym podano - 1 329 131 000 euro.

Z porównania danych zawartych w pozycji „przychody” w sprawozdaniach finansowych skonsolidowanych i w sprawozdaniach finansowych indywidualnych wynika, że istniejące

75

różnice w pozycji przychody pomiędzy danymi ze sprawozdania skonsolidowanego a indywidualnego nie są na tyle duże, aby można było stwierdzić, że konsorcjum Astaldi nie spełnia warunku w postaci wykazania się średnim rocznym przychodem za ostatnie trzy lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000 000 PLN, szczególnie w sytuacji, będącej poza sporem, że pozostali członkowie konsorcjum wykazali średni roczny przychód o wartości ok. 410 000 000 zł.

Z przywołanych wyżej danych wynika, że średni roczny przychód spółki Astaldi S.p.A., wynikający ze sprawozdań finansowych indywidualnych w znacznym stopniu przekracza wymaganą przez Zamawiającego wartość 1 000 000 000 zł., a zatem nawet niezależnie od przychodów wykazanych przez pozostałych członków Konsorcjum – Astaldi spełnia wymagania w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej niezbędnej do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut dotyczący braku potwierdzenia przez Konsorcjum Astaldi sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia. Izba zważyła przy tym, że potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wynikające z indywidualnych sprawozdań finansowych Astaldi S.p.A. nie zostało podważone przez Odwołującego Mostostal. Zatem ewentualne uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu dokonania wezwania w trybie art. 26 ustawy pzp w wyniku, którego Zamawiający otrzymałby, powołane wyżej i doręczone również Zamawiającemu wraz z pismem procesowym, sprawozdania finansowe byłoby, jak Izba uznała powyżej, niecelowe. Sprzeciwia się temu również art. 191 ust. 1 a ustawy pzp, nakazujący uwzględnienie odwołania wyłącznie, gdy Izba stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Skoro z postępowania dowodowego wynika, że błędne przyjęcie przez Zamawiającego sprawozdań grupy kapitałowej Astaldi zamiast Astaldi S.p.A. nie powoduje konieczności wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Astaldi, gdyż wymagany warunek udziału w postępowaniu został spełniony, to nie ma podstaw aby mogło dojść do zmiany wyniku postępowania i uchylecia wyboru oferty najkorzystniejszej jaką jest oferta Konsorcjum Astaldi.

3. Wstępny Harmonogram Rzeczowy Przedmiotu Zamówienia

W pkt 10 rozdziału II siwz, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego Przedmiotu Zamówienia – zawierającego terminy wykonania poszczególnych części przedmiotu zamówienia: części dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz robót budowlanych stanowiących elementy „węzłowe przedmiotu zamówienia”, uwzględniające terminy

76

wykonania zamówienia określone w pkt 4 rozdziału I siwz - zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego.

Pismo z dnia 15 grudnia 2008 roku - W pkt 4 siwz Zamawiający podał wymagane terminy wykonania zamówienia. Ostateczny termin wykonania zamówienia został określony na 48 miesięcy od daty zawarcia umowy, w tym okresie Zamawiający wymagał m.in.:

- wykonania projektów budowlanych - nie później niż 300 dni od daty zawarcia umowy, • opracowanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo - finansowego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót - nie później 300 dni od daty zawarcia umowy

Odwolujący podnosi, że z załączonego do oferty konsorcjum Astaldi Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego Przedmiotu Zamówienia wynika, że wykonanie projektów budowlanych oraz opracowanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo - finansowego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót - w okresie 10 miesięcy, a nie jak wymagał Zamawiający - w okresie 300 dni od daty zawarcia umowy. Harmonogram został sporządzony w formie graficznej - zaczernione pola określają ilość dni, w których wykonawca zamierza zrealizować poszczególne etapy zamówienia, podane w harmonogramie.

Odwolujący wyjaśnił na rozprawie, że sumując poszczególne pola zakreślone we Wstępnym Harmonogramie Rzeczowym, przewidziane dla czynności wykonywanych w trakcie realizacji zamówienia poczynwszy od podanego w harmonogramie dnia 17 maja 2009 r., uzyskał liczbę dni 304, a nie 300 dni, jak wymagał Zamawiający.

W ocenie Izby, z tak przedstawionego harmonogramu nie sposób wywieść jednoznacznego wniosku, że termin realizacji zamówienia nie odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego i wynosi więcej niż 300 dni. Ustalenie precyzyjne ilości dni jest tym bardziej trudne, że jak wyjaśnił Przystępujący różnica w ilości 4 dni odpowiada zaledwie 0,6 mm pola zaczernionego. Uznać należy, że Odwołujący nie udowodnił w sposób nie budzący wątpliwości, że termin wykonania projektów budowlanych oraz opracowanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo - finansowego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót przekracza wymagane przez Zamawiającego 300 dni.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny w świetle jednoznacznego oświadczenia Konsorcjum Astaldi złożonego w pkt 2 i 3 formularza oferty, z którego wynika, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany w terminie 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz że przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami zawartymi w siwz oraz w jej załącznikach: programem funkcjonalno-użytkowym, wzorami umowy i ogólnych warunków umowy.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut niepodpisania harmonogramu przez osobę, która podpisała ofertę w imieniu wszystkich konsorcjantów. Harmonogram złożony wraz z ofertą na stronie 586 został opatrzony parafą i pieczęcią imienną - mgr inż. D.

77

(reprezentującego PBDIM Mińsk Mazowiecki), Mustafa T. (reprezentującego Gulermak) oraz na pieczęci firmowej Astaldi S.p.A. została umieszczona nieczytelna parafa. Parafa ta odpowiada wzorze parafy Francesco P. S., umieszczonej na stronie 6 oferty. W ocenie Izby, brak pieczęci imiennej na złożonej parafie, nie mógł stanowić przesłanki do odrzucenia oferty w oparciu o przepisy ustawy pzp., szczególnie w sytuacji, gdy istnieje możliwość łatwej identyfikacji pochodzenia tej parafy. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 marca 2009 roku, Konsorcjum Astaldi celem wyjaśnienia wątpliwości dotyczących identyfikacji parafy, złożyło ponownie harmonogram o identycznej treści, co zamieszczony w ofercie - podpisany przez Francesco P. S. na pieczęci imiennej.

W ocenie Izby, wezwanie z dnia 9 marca 2009 roku do uzupełniania Wstępnego Harmonogramu Rzeczowego było bezprzedmiotowe, ponieważ już w oparciu o harmonogram załączony w ofercie istniała niewątpliwie możliwość identyfikacji pochodzenia parafy, zaś brak pieczęci imiennej na umieszczonej parafie stanowił jedynie naruszenie formy a nie treści i nie mógł stanowić przesłanki do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Wobec uznania, że czynność wezwania do uzupełniania harmonogramu była czynnością zbędną, bezprzedmiotowe stają się również rozważania na temat możliwości uzupełniania tego rodzaju dokumentów w oparciu o przepisy ustawy pzp. Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że w wyniku wezwania nie doszło do złożenia nowego harmonogramu,

złożony w dniu 20 marca 2009 roku przez Konsorcjum Astaldi harmonogram jest dokumentem o identycznej treści co złożony w ofercie, jedynie celem wyjaśnienia wątpliwości co do złożonej parafy został on podpisany przez Francesco P. S. na jego pieczęci imiennej. Wobec powyższego złożony w dniu 20 marca 2009 roku harmonogram nie należy traktować jako uzupełnienie a wyjaśnienie wątpliwości co do złożonego podpisu na dokumencie załączonym do oferty.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że harmonogram nie został sporządzony w całości w języku polskim, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w związku z art. 9 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym postępowanie prowadzi się w języku polskim, Izba uznała, że zamieszczone w nagłówku i w ostatniej rubryce zwroty obcojęzyczne, nie stanowią treści merytorycznej tego dokumentu, są jedynie tytułami, nagłówkami a istotne elementy tego harmonogramu, które są jego treścią (np. rodzaj prac, etapy robót) zostały sporządzone w języku polskim. W ocenie Izby, brak uzasadnienia, aby na podstawie tak nieznaczących sformułowań użytych w języku obcym, które nie stanowią treści tego dokumentu, uznać że oferta podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy pzp.

78

4. rażąco niska cena i brak zwrócenia się o wyjaśnienie tej ceny - 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z protokołem ZP-1 wartość szacunkowa zamówienia publicznego została ustalona na kwotę 3.182.099.814 zł. Jak wynika z treści protokołu ZP - 1 ustalenia wartości Zamawiający dokonał 14 października 2008 r. na podstawie szacunków kosztów budowy I linii metra w Warszawie.

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, oferta konsorcjum Astaldi – uznana za najkorzystniejszą w jedynym kryterium cena opiewa na kwotę netto 3.375.000.000 zł, wartość brutto - 4.117.500.000 zł.

Cena brutto oferty Konsorcjum Covec wynosi 4 498 000 000 zł, zaś cena oferty trzeciej w rankingu- Konsorcjum Mostostal – wynosi 4 974 999 999,44 zł brutto.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, istotne dla rozstrzygnięcia jest ustalenie czy Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do Konsorcjum Astaldi w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp o wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny. Uzasadnieniem wszczęcia procedury badania czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską musi być poprzedzone przypuszczeniem Zamawiającego, że cena zaproponowana przez wykonawcę nosi znamiona ceny rażąco niskiej,

Należy wskazać, że punktem odniesienia do takiego twierdzenia jest wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług (pod warunkiem ustalenia jej przez Zamawiającego z należytą starannością) oraz cena innych ofert złożonych w postępowaniu.

W rozpatrywanym przypadku wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego powiększona o podatek VAT wynosi 3 882 161 773 zł i jest niższa od wartości oferty o ok. 235 mln. zł. Zatem, dokonując porównania zaoferowanej ceny z wartością szacunkową zamówienia, Zamawiający nie mógł uznać, że zaoferowana przez Konsorcjum Astaldi cena jest ceną rażąco niską.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że wartość przedmiotu zamówienia oszacował na podstawie kosztów realizacji inwestycji, przyjmując jako podstawę wskaźniki jednostkowe wynikające z kosztów budowy obiektów dla I linii metra w Warszawie oraz zakładaną dla II linii metra technologię budowy z uwzględnieniem jej zagłębienia, panujących warunków gruntowo - wodnych, organizacji ruchu miejskiego, usunięcia kolizji z uzbrojeniem podziemnym a także wpływu czasu na wzrost kosztów. Z pisma z dnia 9 października 2008

79

roku, wycena szacunkowa inwestycji (dowód w aktach sprawy) wynika, że przyjęto koszt

budowy 1 m3 stacji wyższy o 20 % niż dla stacji na odcinku I metra z uwagi na usytuowanie linii w centrum miasta i związanymi z tym utrudnieniami. Zamawiający do wyceny wartości szacunkowej przyjął również, że koszt budowy tuneli w obudowie żelbetowej drażonych tarczą zmechanizowaną będzie niższy o 20 % niż przy zastosowaniu technologii obudowy żeliwnej dla I linii metra. Ponadto Zamawiający szacując wartość zamówienia dokonał porównania cen realizacji takich inwestycji o podobnym zakresie i technologii wykonania z innymi miastami europejskimi.

Odwołujący, kwestionując rzetelność wyceny wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, wskazał, że wycena ta nie została dokonana w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. nr 130, poz. 1389) i pominięcie w dokonanej wycenie niektórych pozycji koniecznych do wykonania i mających wpływ na wysokość ceny. Wskazać należy, iż Odwołujący, podał do protokołu rozprawy, że w jego ocenie wartość szacunkowa zamówienia została zaniżona o około 30%. Gdyby nawet przyjąć, jak twierdzi Odwołujący, że wartość szacunkowa winna być większa o ok. 30 % i wynosić ok. 4 136 000 000 mld zł., to, w ocenie Izby, różnica pomiędzy tak ustaloną wartością powiększoną o podatek VAT a ceną oferty również nie uzasadniałaby konieczności wystąpienia o wyjaśnienie ceny oferty. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, jeśli odniesienie ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia nie może być uznane z jakiś przyczyn za obiektywne, należy dokonać porównania ceny oferty ze zbliżonymi cenami zaproponowanymi przez innych wykonawców (podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 roku, Sygn. akt V Ca 459/06). W tym zakresie Izba ustaliła, że oferta Konsorcjum Covec - drugiej w kolejności pod względem ceny jest wyższa o 380 500 000, co stanowi ok. nie więcej niż 10 %, a zatem nie stanowi podstawy do podejrzeń, że cena oferty Konsorcjum Astaldi jest ceną rażąco niską. Również, w ocenie Izby porównanie ceny oferty Konsorcjum Astaldi z ceną oferty Konsorcjum Mostostal, która jest wyższa o ok. nie więcej niż 20 % nie uzasadnia wystąpienia o wyjaśnienie kalkulacji ceny oferty.

Podsumowując, niezasadnym, w ocenie Izby, było zwrócenie się o wyjaśnienia ceny oferty, szczególnie w sytuacji gdy cena oferty była ceną wyższą od wartości szacunkowej zamówienia i dodatkowo zbliżoną do ceny oferty drugiej w rankingu cena. Okoliczność zaoferowania przez Konsorcjum Mostostal ceny przekraczającej wartość szacunkową zamówienia i ceny zaoferowane przez Konsorcjum Covec i Konsorcjum Astaldi nie może powodować konieczności wystąpienia o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

80

Biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia oraz zbliżoną cenę oferty kolejnej w rankingu oferty, należy uznać, że Zamawiający nie mógł powziąć uzasadnionych przypuszczeń, które obligowałyby go do wystąpienia o wyjaśnienie kalkulacji ceny oferty. Zdaniem Izby, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które uzasadniłyby tezę, że zaproponowana przez Konsorcjum Astaldi cena jest ceną nierealną, nie pozwalającą na realizację zamówienia z należytą starannością czy wskazującą na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy. Złożona przez Odwołującego Mostostal, jako dowód w sprawie, wycena wskaźnikowa podziemnych kolei szynowych nie może stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie, bowiem została wykonana na zlecenie strony zainteresowanej określonym wynikiem postępowania, a zatem może być ona jedynie traktowana jako stanowisko strony. Wskazać należy, że wycena ta została skutecznie podważona przez dokonaną przez Przystępującego Astaldi wycenę wykonaną z zastosowaniem tego samego wzoru („analiza argumentów przedstawionych przez Mostostal na poparcie tezy o zbyt niskiej cenie zaoferowanej przez Astaldi”, stanowiąca załącznik do pisma Przystępującego z dnia 25 czerwca 2009 roku) i wnioski z niej płynące są zupełnie odwrotne do przedstawionych przez Odwołującego Mostostal. Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego Astaldi złożone do protokołu rozprawy, że Astaldi S.p.A. jest jedną z największych firm na świecie wykonującą głównie inwestycje w zakresie budowy metra, która posiada duże zaplecze sprzętowe, w tym niezbędne do zastosowania przy budowie II linii metra tarcze TBM, należy uznać, że cena zaproponowana przez Konsorcjum jest ceną adekwatną do przedmiotu zamówienia i realną.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

III. W odniesieniu do pozostałych zarzutów podniesionych samodzielnie przez Konsorcjum Covec w zakresie dotyczącym oferty Konsorcjum Astaldi, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

1. oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy pzp - członka Konsorcjum Gülermak.

Odwołujący wskazał, że złożone przez członka Konsorcjum Astaldi oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy pzp zostało sporządzone w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w siwz. We wzorze tego oświadczenia, stanowiącego załącznik nr 5 do siwz, Zamawiający wymagał w lewym górnym rogu – umieszczenia pieczęci wykonawcy

81

a w dolnym prawnym rogu – podpisów i pieczęci osób upoważnionych do podpisania oferty zgodnie z dokumentem rejestrowym lub udzielonym pełnomocnictwem.

Na złożonym przez członka Konsorcjum oświadczeniu z art. 22 ust. 1 ustawy pzp widnieją w obu miejscach te same pieczęcie firmowe wykonawcy Gülermak, pieczęć w dolnym rogu opatrzona jest nieczytelnym podpisem.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Astaldi, że sporządzenie tego dokumentu w taki sposób uniemożliwia ustalenie przez kogo oświadczenie zostało podpisane i w czym imieniu zostało złożone.

Oczywistym jest, że jest to oświadczenie złożone w imieniu członka konsorcjum Covec, na co wskazują umieszczone pieczęcie firmowe tego wykonawcy. Bezspornie również istnieje możliwość łatwej identyfikacji złożonego podpisu, bez pomocy grafologa, bowiem jest to podpis identyczny z podpisem złożonym na innych dokumentach przez Mustafę T. - reprezentującego Gülermak. Odwołujący Covec nie przedstawił dowodów, które uprawdopodobniałyby fakt, że podpis złożony pod oświadczeniem nie jest podpisem Mustafy T.

Zatem nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający bezprawnie zaniechał czynności wezwania Konsorcjum Astaldi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia prawidłowego oświadczenia.

Podkreślić należy z całą stanowczością, że złożenie podpisu nie opatrzonego pieczęcią imienną a jedynie pieczęcią firmową nie może skutkować odrzuceniem oferty, szczególnie w sytuacji, gdy istnieje możliwość weryfikacji podpisu i jednoznacznego stwierdzenia jego pochodzenia. Zasadnym jest zatem twierdzenie Zamawiającego, że tego typu niezgodności należy rozpatrywać wyłącznie w zakresie uchybień formalnych a nie merytorycznych oferty. Zgodnie zaś z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz jednolitym w tym zakresie orzecznictwem sankcja w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zachodzi wyłącznie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią siwz, a więc niezgodności co do wymagań merytorycznych a nie formy złożonego dokumentu. W oparciu o dorobek orzecznictwa i doktryny za uchybienie formalne a nie merytoryczne należy uznać np.: brak numeracji stron oferty, brak pieczęci pod oświadczeniem woli, brak podpisu na każdej stronie oferty, brak załączenia spisu treści oferty. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 kodeksu cywilnego, rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

82

2. brak potwierdzenia przez Astaldi S.p.A. oraz Gülermak, że nie zalegają z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów (...). wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej winni złożyć dokumenty lub dokument wystawiony w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania,

potwierdzający odpowiednio, że nie zalegają z uiszczeniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, albo że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Na stronie 356 oferty Konsorcjum Astaldi załączono wydruk zaświadczenia o uiszczeniu składek przez Astaldi S.p.A. Jak wynika z nagłówka jest to „połączone zaświadczenie o wywiązywaniu się z uiszczania składek” na rzecz INAIL – Państwowego Zakładu Ubezpieczeń od Wypadków przy Pracy, INPS – Krajowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, CASSA EDILE DI ROMA E PROVINCIA – Budowlanej Kasy Ubezpieczeń dla Rzymu i Prowincji. W treści zaświadczenia stwierdza się, że „w zakresie DURC (zaświadczenia o wywiązywaniu się ze spłaty świadczeń i składek)” przedsiębiorstwo nie zalega z uiszczeniem składek.

Na stronie 359 oferty znajduje się dokument Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w którym stwierdzono, że Gülermak cyt. „jako objęta obowiązaniem ustawy nr 4734 o zamówieniach publicznych, art. 10 oraz ustawy nr 5510 o Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych i Ogólnym Ubezpieczeniu Zdrowotnym nie posiada wg. stanu na dzień 23.01.2009 r., jakichkolwiek zaległości w płatnościach z tytułu należnych składek na ubezpieczenie społeczne”.

Na wstępie Izba zważyła, że oceny treści i zakresu informacji zawartych w przedłożonym dokumencie nie można dokonywać w oderwaniu od uregulowań prawnych obowiązujących w kraju, w którym ten dokument wystawiono. Należy mieć bowiem na uwadze, że przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów są elementem prawa polskiego, gdzie ubezpieczenie społeczne i zdrowotne jest uregulowane dwoma odrębnymi ustawami. W świetle powyższego analizy dokumentów złożonych przez podmioty, mające siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej należy dokonywać z uwzględnieniem systemów prawnych krajów, w których takie dokumenty wydano.

83

Prawdziwość oświadczenia Przystępującego Astaldi złożonego w trakcie rozprawy, jak również w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, że kwestionowany dokument dotyczący Astaldi S.p.A. DURC „zawiera potwierdzenie pełnego zakresu obowiązujących we Włoszech składek w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego” i jest odpowiednikiem wydawanego w Polsce zaświadczenia o niezaleganiu a składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne nie została w sposób skuteczny podważona. Twierdzenia Odwołującego Covec pozostały bez dowodu lub choćby uprawdopodobnienia, że oświadczenie złożone przez Przystępującego Astaldi jest niezgodne z prawdą. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodów, określonym w art. 6 kodeksu cywilnego, którego powieleniem jest regulacja art. 188 ust. 1 ustawy pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że oświadczenie Przystępującego Astaldi jest nieprawdziwe.

W odniesieniu do braku potwierdzenia przez Gülermak, że nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne, Izba zważyła, że Przystępujący dodatkowo na potwierdzenie swojego stanowiska, że dokument złożony na stronie 359 oferty obejmuje pełen zakres obowiązujących w Turcji składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, przedłożył do pisma z dnia 25 czerwca 2009 roku (w aktach sprawy) wyjaśnienie Dyrekcji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 19 czerwca 2009 roku, w którym stwierdza się, że cyt. „pracownicy objęci są obowiązującą od 01/10/2008 ustawą nr 5510 o ubezpieczeniach Społecznych i Powszechnym Ubezpieczeniu Zdrowotnym, a składki opłacane przez pracodawcę z tytułu ubezpieczeń społecznych pracowników obejmują jednocześnie składki z tytułu ich powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego i poza tymi składkami pracodawca nie jest objęty jakimkolwiek innym obowiązkiem płatności składek związanych z ubezpieczeniami społecznymi lub powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym”.

W ocenie Izby Przystępujący tym samym dowiódł w sposób nie budzący wątpliwości, że złożony w ofercie dokument obejmuje również składki na ubezpieczenie zdrowotne, a Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie przedstawił dowodu na twierdzenie

przeciwnie.

3. brak wskazania wszystkich załączników do oferty w formularzu oferty.

W ocenie Izby, z postanowień siwz nie wynika, aby Zamawiający sformułował wymóg sporządzenia spisu (zestawienia) wszystkich załączników dołączonych do oferty, wymogu takiego nie można wywieść także z treści samego wzoru formularza oferty.

84

Należy podkreślić, że nawet gdyby wymóg taki znalazł się w siwz, to ma on jedynie charakter porządkowy, formalny, a niezastosowanie się do niego może być rozpatrywane wyłącznie w aspekcie naruszenia formy, a nie treści postanowień siwz, nie skutkującej odrzuceniem oferty.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że w formularzu oferty Konsorcjum Astaldi wymieniło wszystkie załączniki, określone w siwz i dodatkowo na stronie poprzedzającej stronę pierwszą oferty złożyło spis treści, gdzie wymieniło dokumenty załączone do oferty.

4. brak poświadczenia za zgodność z oryginałem przez wykonawców dokumentów oraz tłumaczenia dokumentów złożonych w języku obcym przez Astaldi S.p.A oraz Gülermak.

Niezasadnym jest zarzut Odwołującego Covec, że Konsorcjum nie poświadczyło za zgodność z oryginałem kopii dokumentów oraz nie dokonało poświadczenia tłumaczeń tych dokumentów załączonych do oferty.

W ocenie Izby, Francesco P. S. – był osobą umocowaną do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów jak również poświadczenia tłumaczeń, co wynika treści pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2008 roku, które upoważnia go do „dokonywania wszelkich czynności koniecznych do złożenia oferty, przyznając mu uprawnienia do złożenia podpisu na ofertach i wszelkich innych niezbędnych dokumentach włącznie z aktem założycielskim konsorcjum”. Podobnie Mustafa T. jest umocowany do reprezentowania spółki. Dodatkowo należy wskazać na złożone przez Przystępującego do akt sprawy, pismo z dnia 15 maja 2009 roku upoważnionych do reprezentowania Gülermak członków, w którym oświadczają, że pełnomocnictwo z dnia 4 lutego 2009 roku udzielone inż. Mustafie T. do reprezentowania spółki Gülermak przyznaje mu uprawnienie do składania jednoosobowo podpisu w imieniu i na rzecz Gülermak, w tym m.in. do „składania oświadczeń i zobowiązań oraz podpisywania wszelkich dokumentów składających się na naszą ofertę”.

W ocenie Izby pełnomocnictwo do „reprezentowania” danego wykonawcy w konkretnym postępowaniu obejmuje upoważnienie do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów, składanych przez tego wykonawcę jak również upoważnienie do poświadczenia tłumaczeń. Przepis § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów (...) wskazuje, że dokumenty winny być składane w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę a zatem również przez osobę reprezentującą wykonawcę.

85

5. brak podpisania wszystkich stron oferty oraz jej załączników.

W rozdziale II pkt 5 Zamawiający wskazał, aby wszystkie strony oferty wraz z załącznikami były podpisane; za podpisanie uznaje się własnoręczny podpis z pieczęcią imienną przez osobę upoważnioną do reprezentowania zgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy określonymi we właściwym rejestrze lub przez ustanowionego pełnomocnika. Odwołujący wskazuje, że na wszystkich stronach oferty widnieją nie podpisy a parafy Francesco P. S., a zatem, w jego ocenie, oferta winna zostać odrzucona.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że wymóg opisany w pkt 5 rozdziału II jest wymogiem co do formy złożenia dokumentu, co wynika choćby z samego tytułu tego rozdziału „Opis sposobu przygotowania oferty”. Ustawa pzp, która określa zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty, nie wiąże negatywnych skutków prawnych z niezachowaniem wymogów co do formy składanej oferty, jak Izba zważyła powyżej.

Parafy znajdujące się na dokumentach są parafami, które łatwo zidentyfikować i nie ma

wątpliwości, że zostały złożone przez osobę prawidłowo umocowaną do reprezentowania konsorcjum Astaldi, co zostało omówione przy rozważaniach dotyczących zarzutu nieprawidłowego umocowania pana Francesco P. S.

Parafa to podpis nieczytelny, co potwierdza również wyrok SN z 16 maja 2007 r., sygn. akt III CSK 56/07. Dodatkowe opatrzenie tej parafy pieczęcią imienną powoduje, że osoba ją składająca jest identyfikowalna a forma pisemna dokumentu zostaje zachowana.

IV. W odniesieniu do zarzutów podniesionych przez Konsorcjum Mostostal w zakresie dotyczącym oferty Konsorcjum Covec, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

1. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp – złożenie oferty przez osobę nieuprawnioną

Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum COVEC podlega odrzuceniu, ponieważ złożona została przez podmiot nieuprawniony do reprezentacji wykonawców wskazanych w ofercie, jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W jego ocenie, pełnomocnictwo do złożenia oferty zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji członków Konsorcjum: China Railway Tunnel Group Co. (*dalej CRT*) oraz Shanghai Construction (Group) General Co. (*dalej SCG*) i China Overseas Engineering Group Co. (*dalej COVEC*), a także przez osobę uprawnioną do reprezentacji

86

Decoma Sp. z o.o. W ofercie brak natomiast pełnomocnictwa dla Feng N. - dyrektora oddziału China Overseas Engineering Group Co. w Polsce - China Overseas Engineering Group Co. Sp. z o.o. Oddział w Polsce, który podpisał ofertę.

Bezspornym między stronami jest okoliczność, że Feng N. jest osobą ujawnioną w Krajowym Rejestrze Sądowym o numerze 0000282967 jako dyrektor oddziału zagranicznego przedsiębiorcy, w dziale 2 rubryka 1 jako organ upoważniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy - China Overseas Engineering Group Co. Sp. z o.o. Oddział w Polsce.

Izba zważyła co następuje:

Pojęcie przedsiębiorcy zagranicznego zostało zdefiniowane w art. 5 pkt 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 155 poz. 1095) – *dalej usdg* zgodnie z którym przedsiębiorcą zagranicznym jest osoba zagraniczna wykonująca działalność gospodarczą za granicą. Przedsiębiorca zagraniczny może rozszerzyć zakres terytorialny prowadzonej w kraju swego pochodzenia działalności przez utworzenie oddziałów lub przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych na terytorium Polski. Ustawodawca zdefiniował pojęcie oddziału w art. 5 pkt 4 usdg, zgodnie z którym jest nim wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Oddział może stanowić wewnętrzną jednostkę struktury organizacyjnoprawnej jak też odpowiednio zorganizowaną część przedsiębiorstwa prowadzonego przez przedsiębiorcę indywidualnego. Przedsiębiorca zagraniczny ma prawo prowadzić swój oddział wyłącznie o takim samym zakresie przedmiotu działalności jak wykonywany przez tego przedsiębiorcę w kraju jego pochodzenia. Zatem oddział zagranicznego przedsiębiorcy Covec - oddział w Polsce prowadzi ten sam zakres działalności, co przedsiębiorca zagraniczny Covec a zakres tej działalności został ujawniony w dziale 3 rubryce 1 odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, załączonego do oferty Konsorcjum Covec. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, z zacytowanych przepisów można wyprowadzić wniosek, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego jest formą organizacyjno-prawną, w ramach której przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać swą działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy nie ma odrębnej osobowości prawnej, korzysta z podmiotowości przedsiębiorcy zagranicznego, jest częścią przedsiębiorstwa zagranicznego a jego działania są w istocie działaniami przedsiębiorcy, który go utworzył.

87

Przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego, co wynika z treści art. 87 usdg.

W literaturze przedmiotu istnieją sprzeczne poglądy co do zakresu i rodzaju upoważnienia osoby ustanowionej w trybie art. 87 usdg. jako upoważnionej do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy.

Według niektórych stanowisk „osoba upoważniona w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego jest przedstawicielem tego przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, a zwłaszcza w rozumieniu art. 95 tego Kodeksu. Zgodnie z tym przepisem z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela, a czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Z istoty przedstawicielstwa wynika zatem, że osoba upoważniona w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego jest upoważniona do wykonywania czynności prawnych i faktycznych w imieniu i na rachunek przedsiębiorcy zagranicznego” (vide: C. Kosikowski, ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2005, teza 5 do art. 85, s. 380 i teza 1 do art. 87, s. 382). Można także spotkać stanowiska, które negują tożsamość reprezentacji, o której mowa w art. 87 usdg z pojęciem pełnomocnictwa w rozumieniu kodeksu cywilnego (np. M. Zdyb, Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy, Kraków 2000, art. 37 uwaga II.1). Zdaniem innych autorów osoba upoważniona do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy „ma kompetencje obejmujące dokonywanie czynności i podejmowanie spraw w zakresie pełnej działalności oddziału, które jednak nie obejmują rozporządzenia całym majątkiem oddziału” (vide: K. Strzyczkowski, Prawo gospodarcze publiczne, wyd. 4, Warszawa 2008, LexisNexis).

Bezspornym między stronami jest to, że osoby upoważnionej do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy nie można utożsamiać z pełnomocnikiem w rozumieniu kodeksu cywilnego, czy prokurentem. Powołanie osoby na podstawie art. 87 usdg nie jest związane z udzieleniem jakiegokolwiek pełnomocnictwa, nie jest to także rodzaj prokury. Zasadnym, w ocenie Izby, jest stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego Covec, że ustanowienie osoby upoważnionej do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy jest szczególnym rodzajem umocowania, specyficznym rodzajem reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego, instytucją odrębną od prokurenta, czy pełnomocnika. Twierdzenie takie jest konsekwencją braku spójności terminologii przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ustawy o KRS i zasad reprezentacji wynikających z kodeksu cywilnego.

88

Racjonalną przesłanką działania oddziału jest to, że dla jego funkcjonowania w obrocie prawnym koniecznym jest upoważnienie osoby lub osób, które będą składać i przyjmować w jego imieniu oświadczenia woli i taki jest cel przepisu art. 87 usdg.

Wobec powyższego należy uznać, że osoba upoważniona w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego podejmuje swoje czynności jak organ tego przedsiębiorstwa, a jej uprawnienia odpowiadają uprawnieniom zarządu przedsiębiorcy zagranicznego, zatem działania osoby upoważnionej do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy są działaniami samego przedsiębiorcy.

Stanowisko to zostało potwierdzone także w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 7 listopada 2007 roku (sygn. akt I SA/Op 189/07), w którym sąd stwierdził, że art. 87 usdg „należy rozumieć w ten sposób, że wszelkie działania dokonane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego oraz wobec tego oddziału odnoszą bezpośredni skutek prawny w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego”.

Izba uznała, że złożona przez Odwołującego opinia prawna z dnia 25 kwietnia 2009 roku sporządzona przez prof. zw. dr hab. J. P. jest opinią prywatną i może być traktowana wyłącznie jako stanowisko strony. Niezależnie od powyższego Izba zwraca uwagę, że opinia ta stanowi jeden z licznych poglądów prezentowanych w tej kwestii w doktrynie, które zostały

również wskazane przez Izbę.

Przedstawione przez Odwołującego pełnomocnictwo z dnia 7 kwietnia 2007 roku dla pana Feng Ninga nie ma znaczenia w niniejszej sprawie i jest bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sporu w świetle wyżej przedstawionych rozważań, odnosi się ono wyłącznie do czynności w nim wymienionych i nie ma znaczenia dla oceny upoważnienia dyrektora oddziału zagranicznego przedsiębiorcy, ustanowionego w oparciu o art. 87 usdg i ujawnionego w KRS.

Reasumując, Izba stwierdza, że oferta Konsorcjum Covec została podpisana w imieniu wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum, działających przez osoby uprawnione do dokonania tej czynności. W związku z tym, oferta Konsorcjum Covec nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp a Zamawiający nie dopuścił się naruszenia tego przepisu.

89

2. brak dokumentów dotyczących członków konsorcjum, potwierdzających że nie otwarto likwidacji, nie ogłoszono upadłości, nie orzeczono zakazu ubiegania się i udzielenie zamówienia oraz że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 oraz 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 mają być składane - wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedstawić dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, 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.

Dokumenty świadczące o tym, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, zaś dokumenty potwierdzające brak zaległości z uiszczaniem podatków, opłat lub składek winny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się tego typu dokumentów, 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.

Na potwierdzenie spełniania powyższych wymagań w ofercie Konsorcjum COVEC przedstawione zostały:

90

-
1. w zakresie informacji, że nie otwarto likwidacji, nie ogłoszono upadłości i nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia – oświadczenia CRT, SCG oraz Covec.
 2. w zakresie braku zaległości z uiszczaniem podatków – oświadczenie CRT, SCG, i Covec.
 3. w zakresie braku zaległości z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i

społeczne – oświadczenie CRT, SCG i Covec, że podmioty nie zalegają z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Dodatkowo SCG Covec złożyli również zaświadczenia o niezaleganiu z zapłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne (str. odpowiednio 42 i 89 oferty Konsorcjum Covec).

Pismem z dnia 9 marca 2009 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum Covec do złożenia wyjaśnień czy w kraju, w którym ma siedzibę wydaje się dokumenty potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne a także czy wykonawcy nie zalegają z uiszczeniem podatków – w odniesieniu do Covec, SCG i CRT. Jednocześnie, Zamawiający wezwał do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów - w przypadku, gdy zgodnie z wyjaśnieniem złożonym w wyniku wezwania przedstawione dokumenty wydaje się w kraju, w którym mają siedzibę wymienieni członkowie konsorcjum.

W odniesieniu do CRT Zamawiający dodatkowo wezwał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że podmiot ten nie zalega uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub w przypadku, gdy takiego dokumentu nie wydaje się wezwał do złożenia stosownego dokumentu zawierającego oświadczenie zastępujące ten dokument.

Na wezwanie Zamawiającego konsorcjum COVEC wyjaśniło w piśmie z dnia 20 marca 2009 r., że w Chińskiej Republice Ludowej w poszczególnych dystryktach istnieją różne systemy prawne dotyczące organizacji poszczególnych organów administracji publicznej, sądów i innych instytucji i nie jest możliwe złożenie oświadczenia, że we wszystkich dystryktach Chińskiej Republiki Ludowej nie jest możliwe uzyskanie dokumentów potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz, że nie jest możliwe uzyskanie dokumentów potwierdzających niezaleganie z zapłatą podatków i opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne.

Biorąc pod uwagę ustalony wyżej stan faktyczny, złożone przez strony i uczestnika postępowania dowody oraz mając na uwadze, że ciężar udowodnienia, faktu, że w kraju w którym mają siedzibę członkowie konsorcjum wydaje się dokumenty wymagane treścią rozporządzenia, spoczywa na Odwołującym Mostostal, Izba zważyła co następuje:

91

Bezspornym między stronami jest okoliczność, że w poszczególnych dystryktach (prowincjach) Chińskiej Republiki Ludowej, w których mają siedziby członkowie konsorcjum, obowiązują odmienne reguły i procedury wydawania tego typu zaświadczeń. Okoliczność tą podkreśla Przystępujący Covec, wynika ona również z treści pisma z dnia 3 czerwca 2009 roku Placówki Handlu Zagranicznego w Pekinie, złożonego jako dowód w sprawie przez Odwołującego Mostostal.

W odniesieniu do dokumentów potwierdzających, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz zakazu ubiegania się o zamówienie dla CRT, SCG oraz Covec, w ocenie Izby złożone przez Odwołującego Mostostal dowody nie potwierdzają, że w dystryktach, gdzie mają siedzibę CRT, SCG, Covec wydaje się tego typu dokumenty.

Złożone jako dowód w sprawie pismo Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Chińskiej Republice Ludowej, Wydział Promocji Handlu i Inwestycji z dnia 26 maja 2009 roku, nie porusza w swej treści kwestii dokumentów potwierdzających, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz zakazu ubiegania się o zamówienie, zatem jest pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

Z treści pisma z dnia 3 czerwca 2009 roku Placówki Handlu Zagranicznego w Pekinie skierowanego do Strabag AG wynika jedynie określenie urzędu, jaki jest właściwy do „kontrol, czy zostało otwarte postępowania likwidacyjne, czy też wszczęto postępowanie upadłościowe dużego przedsiębiorstwa będącego w posiadaniu państwa”, co nie oznacza, w ocenie Izby, że ten urząd wydaje stosowne zaświadczenia dotyczące potwierdzenia, że podmiot nie jest w stanie likwidacji czy upadłości.

Ponadto pismo to potwierdza, że w Chinach ustawa upadłościowa weszła w życie od 1 czerwca 2007 roku, a wnioski o upadłość składane są we właściwym sądzie. Wyciąg z ustawy prawo upadłościowe Chińskiej Republiki Ludowej, którego tłumaczenie przedłożył Odwołujący do akt sprawy, również nie stanowi dowodu na to, że wydawane są w tym kraju zaświadczenia o upadłości. Okoliczność, wynikająca z art. 3 przywołanej ustawy, że

organem przeprowadzającym upadłość jest sąd ludowy właściwy terytorialnie ze względu na siedzibę dłużnika, nie dowodzi tego że organ ten jest uprawniony do wydawania zaświadczeń potwierdzających, że nie otwarto upadłości i nie wszczęto likwidacji ani nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Wniosek taki nie wynika również z treści art. 5 tej ustawy. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w opinii chińskiej kancelarii prawniczej z dnia 1 lipca 2009 roku, złożonej do akt przez Przystępującego Covec, wynika, że „sąd w Chinach może jedynie stwierdzić, że przyjął wniosek o ogłoszenie bankructwa danej firmy. Sąd nie ma obowiązku potwierdzić, że podmiot znajduje się w stanie likwidacji ani że został ogłoszony bankrutem”.

92

Opinia prawna z dnia 30 czerwca 2009 roku, kancelarii Rödl & Partner, jakkolwiek będąca opinią prywatną, wydaną na rzecz strony, zainteresowanej określonym rozstrzygnięciem, potwierdza, że fakt postępowania likwidacyjnego musi zostać ogłoszony, co nie oznacza, że wydaje się w tym zakresie stosowne zaświadczenia. W odniesieniu do postępowania upadłościowego w opinii stwierdza się, że „istnieje możliwość uzyskania takich informacji od właściwej miejscowo Administration Industry and Commerce (AIC)”, zastrzegając jednocześnie, że „ma to miejsce jednak tylko wtedy, gdy i o ile przedsiębiorstwo jest zarejestrowane w AIC”.

Istotą dokumentów „wydawanych” na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów jest nie tylko wynikająca z nich treść, ale również powszechność ich występowania, istnienie oczywiście, obiektywnej możliwości ich uzyskania. W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego dowody nie potwierdzają w sposób nie budzący wątpliwości, że w prowincjach, w których mają siedzibę członkowie Konsorcjum wydaje się dokumenty potwierdzające że nie otwarto upadłości i nie wszczęto likwidacji ani nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba uznaje, że z dowodów przedstawionych na rozprawie wynika niesporny fakt braku powszechnego obowiązku wystawiania przywołanych dokumentów oraz możliwość ich uzyskania jedynie w odniesieniu do niektórych podmiotów. Powyższe potwierdza przedstawiona przez Przystępującego Covec opinia – dyrektora departamentu prawnego Covec, która jednak z uwagi na podmiot który ją wystawił, może być traktowana wyłącznie jako stanowisko strony. Z jej treści wynika, że organy państwowe nie mają obowiązku „wydawania zaświadczeń potwierdzających, że podmiot nie znajduje się w stanie likwidacji ani nie ogłosił bankructwa” a także dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotu nie wydano zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Dodatkowym potwierdzeniem, że w Chińskiej Republice Ludowej nie są wydawane dokumenty, że wobec podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia jest choćby złożone przez samego Odwołującego Mostostal oświadczenie wykonawcy Covec z dnia 21 lipca 2008 roku, w którym wykonawca ten oświadcza, że wobec Covec nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Oświadczenie zostało wystawione w takiej samej formie jak złożone w niniejszym postępowaniu z poświadczeniem przez notariusza i zostało złożone w związku z postępowaniem o zamówienie publiczne na budowę stadionu piłki nożnej Baltic Arena w Gdańsku- Letnicy (dowód w aktach sprawy).

W odniesieniu do dokumentów dotyczących braku zaległości z uiszczeniem podatków, Izba uznała, że przedstawione przez Odwołującego Mostostal dowody nie potwierdzają w sposób niezbity tezy, że tego typu dokumenty wydawane się w miejscu, w którym mają siedzibą

93

członkowie konsorcjum CRT, SCG, i Covec i można takie dokumenty uzyskać w wymaganym terminie.

Złożone jako dowód w sprawie pismo Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Chińskiej Republice Ludowej, Wydział Promocji Handlu i Inwestycji z dnia 26 maja 2009 roku, potwierdza co prawda, że w dystryktach, w których mają siedziby członkowie konsorcjum wydaje się zaświadczenia potwierdzające brak zaległości spółki z uiszczaniem podatków i innych opłat publicznych, ale mając na uwadze okoliczność, która wynika z opinii prawnych (dyrektora departamentu prawnego Covec - traktowana jako stanowisko strony oraz opinii kancelarii chińskiej z dnia 1 lipca 2009 roku), załączonych przez Przystępującego Covec,

oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez pełnomocników Covec do protokołu rozprawy, że w Chińskiej Republice Ludowej brak mechanizmów i trybu postępowania wobec podmiotów ubiegających się o wydanie tego typu zaświadczeń oraz braku odpowiedzialności organów za wydanie wnioskowanego zaświadczenia, Izba stwierdza, że w świetle powyższego nie można wymagać, aby podmiot złożył tego typu dokumenty. Okoliczność, jaką wskazuje Odwołujący Mostostal, że w dniu 3 kwietnia 2009 roku, Urząd Podatkowy Dystryktu Bering Chaoyang wydał zaświadczenie podatkowe dla Covec, nie oznacza, że w świetle uznaniowości i braku regulacji prawnych określających terminy wydawania zaświadczeń członkowie konsorcjum mogli uzyskać wymagane dokumenty. Przepis § 2 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), dopuszcza zastąpienie dokumentu oświadczeniem złożonym 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, w sytuacji, gdy „dokumentu nie wydaje się”. Celowościowa wykładnia tego przepisu skłania do twierdzenia, że złożenie oświadczenia przed odpowiednim organem zamiast przedstawienia stosownego dokumentu może mieć miejsce również wówczas, gdy istnieje obiektywna, niezależna od uczestnika postępowania przeszkoda natury formalno - prawnej, powodująca że nie można uzyskać stosownego dokumentu urzędowego, a zatem dokumentu tego nie wydaje się w określonym czasie. Okoliczność, że w Chińskiej Republice Ludowej nie można z przyczyn obiektywnych uzyskać w wymaganym terminie stosownego dokumentu została wykazana w niniejszym sporze. Odmienna interpretacja tego przepisu prowadziłaby do konieczności wykluczenia z udziału w postępowaniu podmiotów, które z powodów niezależnych od siebie, uwarunkowań i regulacji prawnych w miejscach, w których mają siedzibę nie miały możliwości uzyskania dokumentów, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co stanowiłoby praktykę o charakterze dyskryminującym.

94

W odniesieniu do braku potwierdzenia niezalegania przez CRT z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że tego typu dokument wydaje się w miejscu, w którym ma siedzibę członek konsorcjum CRT. Przedstawione przez Odwołującego Mostostal jako dowód w sprawie zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, wydane celem złożenia w innych postępowaniach, dotyczą wyłącznie wykonawcy Covec. Mając na uwadze bezsporną okoliczność, że w Chińskiej Republice Ludowej obowiązują w poszczególnych dystryktach odmienne regulacje i procedury prawne, nie można uznać tych dokumentów jako dowodów na okoliczność, że wykonawca CRT, mający siedzibę w innym dystrykcie może również uzyskać takie zaświadczenie. Opinia prawna dnia 30 czerwca 2009 roku Rodl&Partner nie odnosi się do tej kwestii, natomiast w piśmie z dnia 3 czerwca 2009 roku wskazano jedynie urząd właściwy w Pekinie, który „weryfikuje czy przedsiębiorstwo punktualnie uiszczało wszystkie podatki i opłaty”, nie określając, czy urząd ten jest uprawniony do wydawania tego typu zaświadczeń i czy je wydaje. Jednocześnie w tym samym piśmie stwierdzono, że nie we wszystkich prowincjach są zawsze te same procedury. W piśmie Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Chińskiej Republice Ludowej z dnia 26 maja 2009 roku stwierdzono, że w miejscu, w którym ma siedzibę wykonawca CRT jest możliwe uzyskanie zaświadczenia o braku zaległości w zapłacie składek ubezpieczeń zdrowotnych, ale należy mieć na uwadze że jest to stwierdzenie ogólne o możliwości uzyskania takiego dokumentu, nie odnoszące się do uwarunkowań prawnych obowiązujących w Chińskiej Republice Ludowej i nie oznacza ono, że CRT mogło uzyskać stosowne zaświadczenie celem przedłożenia go w przedmiotowym postępowaniu. W tym miejscu Izba odsyła do rozważań zamieszczonych powyżej w odniesieniu do dokumentów dotyczących braku zaległości z uiszczeniem podatków.

Wobec powyższego, Izba stwierdza, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący Konsorcjum Covec, których siedziby znajdują się w Chińskiej Republice Ludowej, korzystając z dyspozycji § 2 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), winni złożyć dokumenty zawierające oświadczenia 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, że wobec nich nie otwarto upadłości i nie wszczęto likwidacji ani nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne oraz że nie zalegają z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

95

Jak wynika z dokumentów załączonych do oferty, członkowie konsorcjum: CRT, SCG, Covec złożyli stosowne oświadczenia, które zostały poświadczane przez notariusza. Notariusz potwierdził, że pieczęć danego wykonawcy oraz podpis przedstawiciela wykonawcy umieszczone na oświadczeniu są autentyczne. Poświadczenie przez notariusza każdego ze złożonych oświadczeń nastąpiło w terminie późniejszym, niż złożenie samego oświadczenia przez osobę upoważnioną (np. oświadczenie SCG potwierdzające brak wszczęcia postępowania likwidacyjnego i upadłości – strona 21 oferty, zostało złożone dnia 5 stycznia 2009 roku, a poświadczenie notarialne pieczęci i podpisu zostało dokonane w dniu 20 stycznia 2009 roku, oświadczenie Covec potwierdzające brak wszczęcia postępowania likwidacyjnego i upadłości – strona 68 oferty, zostało złożone dnia 4 stycznia 2009 roku, a poświadczenie notarialne pieczęci i podpisu zostało dokonane w dniu 15 stycznia 2009 roku).

W ocenie Izby taka forma złożenia dokumentów nie odpowiada formie wymaganej przepisami rozporządzenia, gdzie wymaga się złożenia oświadczenia przed notariuszem. Poświadczenie podpisu i pieczęci nie jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem. Przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia treści tego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby i daty stawiennictwa przed notariuszem. Oświadczenie złożone w oparciu o przepisy obce winno być adekwatne do złożonego wedle prawa polskiego. Stanowisko takie zajął również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2007 roku (sygn. akt V Ca 47/07). Twierdzenie Odwołującego, że istnieje możliwość w Chińskiej Republice Ludowej złożenia oświadczenia przed notariuszem, została wykazana przez Odwołującego Mostostal, który na tą okoliczność złożył jako dowód w sprawie opinie kancelarii chińskiej Jun He z dnia 30 czerwca 2009 roku, gdzie stwierdzono, że „Chiński notariusz może przygotować i wydać dokument, w którym wyraźnie potwierdzi złożenie w jego obecności danego oświadczenia przez osobę fizyczną”. Wobec braku dowodu przeciwnego oraz mając na uwadze treść art. 11 pkt 3 ustawy o notariacie Chińskiej Republiki Ludowej z dnia 28 sierpnia 2005 roku (tłumaczenie wyciągu z tej ustawy złożone przez Odwołującego Mostostal w aktach sprawy), Izba uznała za wiarygodne, że w Chińskiej Republice Ludowej możliwe jest złożenie oświadczenia przed notariuszem.

Zarzut złożenia przez Konsorcjum Covec dokumentów w formie innej niż przewidziana w § 2 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, Izba uznała za potwierdzony. Ocena ta nie powoduje jednak konieczności wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Covec. Jak wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w przywołanym wyżej orzeczeniu złożenie oświadczenia z notarialnie poświadczonym

96

podpisem i pieczęcią wykonawcy zamiast oświadczenia złożonego przed notariuszem należy oceniać w kategoriach złożenia dokumentu zawierającego błąd, który podlega poprawie. Izba zwraca uwagę, że Konsorcjum Covec nie było wcześniej wzywane do uzupełnienia błędnie złożonych oświadczeń, a zatem uzupełnienie to jest dopuszczalne w świetle art. 26 ust 3 ustawy pzp, który może mieć zastosowanie jednokrotne, ale do ściśle określonego zakresu wezwania.

Izba nie nakazuje jednak Zamawiającemu dokonania czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, gdyż mogłaby mieć ona miejsce w ramach ponownego badania i oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Do ponowienia oceny, niezbędne byłoby jednak podważenie wyniku postępowania – wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Astaldi, co wynika z art. 191 ust. 1 a ustawy pzp. Skoro nie potwierdziły się zarzuty podniesione przeciw ofercie Konsorcjum Astaldi, to potwierdzenie zarzutu wyłącznie wobec Konsorcjum Covec, nie skutkuje uwzględnieniem

odwołania, a więc i nakazaniem Zamawiającemu czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonaniem czynności wezwania Konsorcjum Covec do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

3. brak potwierdzenia, że Konsorcjum Covec posiada zdolność kredytową.

W rozdziale I pkt 5.3 siwz Zamawiający zamieścił wymóg, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni dysponować własnymi środkami finansowymi lub winni posiadać zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 250 mln zł – dopuszczalne jest wykazanie się środkami 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 warunek,

Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, w ofercie Konsorcjum Covec złożono na stronach 563 - 578 „bankowe promesy kredytowe” wystawione dla członków konsorcjum przez Bank of China.

W treści dokumentów zamieszczono stwierdzenie, że „niniejsza promesa jedynie wskazuje zamiar wsparcia wymienionego Projektu ze strony banku. Nie należy jednak traktować tego jako podjęcie przez bank konkretnego zobowiązania. Kredyt zostanie oficjalnie udzielony z zastrzeżeniem, że warunki naszego Banku zostaną spełnione oraz spełnione zostaną szczegółowe warunki zgodnie z procedurami bankowymi podejmowania decyzji kredytowych”. Podobnej treści informacja znajduje się w treści listu intencyjnego Bank of China (strony 569-571 oferty).

97

Izba zważyła co następuje:

Niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że przedmiotowe promesy nie potwierdzają zdolności kredytowej podmiotów, które je uzyskały. W ocenie Izby, ze sformułowania, że „bank będzie w stanie” udzielić kredytu o określonej wartości dla poszczególnych członków konsorcjum, wynika, że bank, jako instytucja zaufania publicznego, dokonał analizy zdolności kredytowej i możliwości finansowych podmiotów, na rzecz których wydał stosowne promesy czy listy intencyjne. Obowiązek weryfikacji zdolności kredytowej podmiotów ubiegających się o wydanie tego typu promes czy opinii bankowych wynika z przepisów wewnętrznych banku regulujących kwestię wydawania takich dokumentów. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, że wydanie stosownych promes nie było poprzedzone oceną zdolności kredytowej wykonawców, zatem jego twierdzenia jako gołosłowne nie zasługują na uznanie. Izba wskazuje, że dokumenty zostały wydane w związku z przedmiotowym postępowaniem, które zostało konkretnie wskazane z nazwy, w celu wsparcia finansowego przedmiotowej inwestycji. Oczywistym jest, że wydanie takich promes – stwierdzenie zdolności kredytowej przez bank nie oznacza jeszcze zobowiązania banku do udzielenia kredytu w określonej w nich wysokości. Dokumenty te stanowią wyłącznie ocenę zdolności kredytowej wykonawcy na moment wydania opinii.

Zastrzeżenie banku, że kredyt zostanie oficjalnie udzielony pod warunkiem, że zostaną spełnione szczegółowe warunki zgodnie z procedurami bankowymi nie dyskwalifikuje również tych dokumentów. Oczywistym jest bowiem, że udzielenie kredytu jest uzależnione od spełnienia wielu dodatkowych przesłanek i wymogów formalnych niezbędnych do udzielenia kredytu, w tym np. udzielenia zabezpieczenia. Stanowisko takie zajął także Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 10 marca 2006 roku (sygn. akt II Ca 37/06).

W ocenie Izby, dowód przedstawiony przez Odwołującego Mostostal w postaci opinii z dnia 25 czerwca 2009 roku, sporządzonej przez dr nauk ekonomicznych Marcina L. z uwagi na prywatny charakter może być uznany jedynie za stanowisko Odwołującego w sprawie.

Wobec powyższego, Izba uznała, że złożone przez Konsorcjum Covec dokumenty potwierdzają zdolność kredytową członków konsorcjum do zaciągnięcia kredytu o wartość przekraczającą wartość wymaganą przez Zamawiającego.

Z uwagi na nie uwzględnienie zarzutów zgłoszonych przez Odwołujących przeciw wykonawcy Konsorcjum Astaldi Izba oddaliła odwołania na podstawie art. 191 ust. 1 i 191 ust. 1a ustawy pzp.

98

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 ze zm.) 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*