

WYROK

z dnia 14 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, Grontmij CARL BRO A/S Granskoven 8, DK-2600 Glostrup Denmark oraz Pawła Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą APB Analiza Projekt Budowa mgr inż. Paweł Nowak ul. Staszica 22 m. 5, 05-092 Łomianki

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A.

ul. Korfantego 38, 40-625 Katowice

przy udziale **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. ul. Korfantego 38, 40-625 Katowice i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, Grontmij CARL BRO A/S Granskoven 8, DK-2600 Glostrup Denmark oraz Pawła Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą APB Analiza Projekt Budowa mgr inż. Paweł Nowak ul. Staszica 22 m. 5, 05-092 Łomianki,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **19 206 zł 48 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście sześć złotych czterdzieści osiem groszy) przez **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. ul. Korfantego 38, 40-625 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, Grontmij CARL BRO A/S Granskoven 8, DK-2600 Glostrup Denmark oraz Pawła Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą APB Analiza Projekt Budowa mgr inż. Paweł Nowak ul. Staszica 22 m. 5, 05-092 Łomianki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 2131/10 z 14 października 2010 r.

Zamawiający – Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu wyłonienia „Inżyniera w ramach projektu: *Port Lotniczy w Katowicach – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 kwietnia 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

21 września 2010 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij CARL BRO A/S i Paweł Nowak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „APB Analiza Projekt Budowa mgr inż. Paweł Nowak” otrzymali informację o wykluczeniu ich z postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., na którą to czynność 1 października 2010 r. złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego, zaniechanie wykluczenia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także czynność wyboru oferty złożonej przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (dalej zwanej także „ILF” lub „Przystępującym”) jako oferty najkorzystniejszej. W związku z tym wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu: ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., nakazanie

Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a ponadto przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że wskazując podstawę wykluczenia go z postępowania Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie uzupełnił oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia dla Grontmij CARL BRO A/S oraz p. Pawła Nowaka, pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał, że oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia nie mogą być podpisane przez pełnomocnika konsorcjum Grontmij, lecz muszą być podpisywane bezpośrednio przez poszczególnych konsorcjantów. Zdaniem Odwołującego wskazane przez Zamawiającego przyczyny nie uzasadniają tego wykluczenia. Do czynności wykonawcy stosuje się art. 95 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, 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.

Zgodnie z treścią punktu 9.1.1.1. „Instrukcji dla wykonawców” oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, w przypadku wspólnego ubiegania się o wykonawców o zamówienie, powinno być złożone dla każdego z nich. Zgodnie z tymi wymogami do oferty Odwołującego zostały załączone 3 oświadczenia, odrębnie dla każdego z konsorcjantów, wszystkie podpisane przez Grontmij Polska Sp. z o.o. reprezentowaną przez p. Piotra G. będącego prokurentem samoistnym. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych ani jakiegokolwiek innej ustawy nie zakazuje złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia przez pełnomocnika. W tym konkretnym przypadku konsorcjanci Grontmij CARL BRO A/S oraz p. Paweł N. byli reprezentowani przez pełnomocnika w osobie Grontmij Polska Sp. z o.o., a wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza konieczności podpisania takiego oświadczenia przez osoby posiadające szczególne pełnomocnictwo do złożenia takiego oświadczenia, a pełnomocnictwo konsorcyjne jest w te mierze niewystarczające. Z żadnego przepisu prawa nie wynika konieczność umocowania pełnomocnika składającego oświadczenie o braku podstaw do

wykluczenia pełnomocnictwem szczególnym. Zgodnie z art. 98 zd. 2 kodeksu cywilnego, do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności, zatem źródłem obowiązku umocowania pełnomocnika pełnomocnictwem szczególnym może być tylko ustawa. Poza tym pełnomocnictwa udzielone Grontmij Polska Sp. z o.o. przez Grontmij CARL BRO A/S i p. Pawła N. zawierają umocowanie do składania tego rodzaju oświadczeń: „reprezentowania ich w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności (...) składania oświadczeń”. Zatem Grontmij Polska Sp. z o.o. została prawidłowo umocowana przez pozostałych konsorcjantów do dokonywania opisywanej czynności prawnej. Powoływanie na treść § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* jako podstawy prawnej obowiązku samodzielnego podpisywania dokumentów przez każdego członka konsorcjum jest chybione, gdyż przepis ten dotyczy sposobu potwierdzania kopii dokumentów, a nie składania oświadczeń, poza tym jako przepis rangi rozporządzenia wykonawczego nie może uchylić ustawowej zasady dokonywania czynności przez pełnomocnika (art. 95 § 1 kodeksu cywilnego).

Odwołujący nie zgodził się też z twierdzeniem, że prokurent nie może składać oświadczeń w imieniu innych podmiotów niż podmiot, który udzielił mu prokury. Jest oczywiste, iż prokurent działa zawsze w imieniu swojego mocodawcy, bowiem prokura, jako pełnomocnictwo handlowe, jest rodzajem przedstawicielstwa, lecz w niniejszej sytuacji przedsiębiorca, który udzielił prokury (i jest reprezentowany przez prokurenta) sam działa w charakterze pełnomocnika innego podmiotu. W takim przypadku, w imieniu przedsiębiorcy udzielającego prokury (Grontmij Polska Sp. z o.o.) działa jego prokurent, jednakże dana czynność prawna jest wykonywana w imieniu mocodawcy przedsiębiorcy udzielającego prokury (Grontmij CARL BRO A/S i p. Pawła N.). W świetle treści tych oświadczeń nie może być wątpliwości, iż oświadczenia te są składane w imieniu pozostałych konsorcjantów.

W stosunku do ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, że nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili m.in. osobę na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk (pkt 9.1.3.1.2. „Instrukcji dla wykonawców”) oraz Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej (pkt 9.1.3.1.4. „Instrukcji dla wykonawców”).

Dla Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk Zamawiający wymagał co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w zakresie nadzorowania budowy lub/i przebudowy nawierzchni lotniskowych (dróg startowych lub/i płaszczyzn postoju samolotów lub/i dróg kołowania) oraz wykonania w tym okresie co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej (droga startowa lub/i płyta postojowa lub/i droga kołowania) z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100 000 m² (Zamawiający dopuszczał w ramach jednej usługi, o której mowa powyżej, sumowanie powierzchni dróg startowych, płyt postojowych, dróg kołowania) oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie.

ILF do pełnienia tej funkcji zaproponował p. Tadeusza S. dołączając do oferty „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”. Dodatkowo, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył uzupełnienia i wyjaśnienia do oferty, do których dołączył dokument, który miał spełniać wymogi dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane należycie. Biorąc jednak pod uwagę informacje zawarte w złożonych dokumentach, nie można uznać, że ekspert ten odpowiada wymaganiom, a ILF nie wykazał, że p. S. posiada doświadczenie w realizacji jednej ww. usługi. Doświadczenia eksperta miało dotyczyć budowy, a nie innej postaci robót budowlanych, czyli należy zastosować definicję z art. 3 ustawy Prawo budowlane, która odróżnia budowę i remont.

Spośród usług wykonywanych przez p. S., wymogu powierzchni z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100.000 m² nie spełniają następujące projekty: Lotnisko Katowice – Pyrzowice, Lotnisko Warszawa – Okęcie i Lotnisko Dęblin. Wymóg minimalnej powierzchni nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego spełniają jedynie projekty Lotnisko Łask oraz Lotnisko Radom, jednak nie spełniają one innych wymogów – pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której ekspert nadzorował kontrakt na budowę. W odniesieniu do obu tych projektów ILF wskazał, iż polegały one na pełnieniu funkcji w ramach rozbudowy i remontu nawierzchni lotniskowej, ale sposób podania tych informacji uniemożliwia weryfikację, jaka część powierzchni nawierzchni lotniskowej podlegała remontowi, a jaka budowie. Ponadto w stosunku do projektu Lotnisko Radom ILF wskazuje, iż roboty budowlane były wykonywane zarówno w technologii betonu asfaltowego, jak i cementowego, więc nie jest możliwe zweryfikowanie, jaka część nadzorowanych robót polegała na budowie nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego. Dokument przedłożony przez ILF w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzający, że usługi zostały wykonane należycie nie wskazuje, aby roboty nadzorowane przez p. S. stanowiły budowy – w odniesieniu do Lotniska w Łasku i Lotniska w Radomiu inwestor (12 Terenowy Oddział Lotniskowy) wskazał, iż były to jedynie modernizacje.

Poza tym ILF nie przedłożył dokumentów wymaganych w pkt 9.1.3. „Instrukcji dla wykonawców” – Zamawiający wymagał załączenia do również dokumentu potwierdzającego, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie – dokument ten w ogóle nie został przedstawiony dla projektu Lotnisko Radom, co zostało jednoznacznie przyznane przez ILF w piśmie do Zamawiającego z 5 sierpnia 2010 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Dla projektu Lotnisko Łask ILF załączył dokument wystawiony przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy (12 TOL) z 4 sierpnia 2010 r., który nie zawiera żadnych informacji, aby p. S. uczestniczył jako inspektor nadzoru inwestorskiego przy realizacji projektu tego lotniska ani nie potwierdza należytego wykonania tej usługi, a wskazuje jedynie zadania inwestycyjne, na których p. S. posiadał bliżej niesprecyzowane pełnomocnictwa. Okoliczność ta powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem

dokumenty te były już przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei Inspektor nadzoru w specjalności elektrycznej musiał posiadać co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w zakresie nadzorowania robót elektrycznych np. jako inspektor nadzoru oraz w tym okresie wykonać nadzór nad co najmniej dwoma zadaniami: w tym co najmniej jednym obejmującym budowę lub przebudowę oświetlenia nawigacyjnego lotniska oraz co najmniej jedno obejmujące budowę lub przebudowę systemu naprowadzania ILS.

ILF na funkcję ww. eksperta zaproponował p. Jacka S. Z informacji zawartych w ofercie oraz złożonych tytułem uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikają rozbieżności pozwalające na uznanie, iż ILF nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, gdyż p. S. nie posiada doświadczenia w zakresie ww. zadania – wykazane doświadczenie na projekcie realizowanym w ramach grupy ILF w Niemczech nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ p. S. nie posiada uprawnień do pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego na terenie Niemiec, w związku z czym nie miał on prawa sprawować samodzielnej funkcji w budownictwie na projekcie realizowanym w Niemczech. Ponadto ekspert ten jednocześnie sprawował nadzory na projektach realizowanych na terenie Niemiec i Polski, co ze względu na zakres i wielkość projektów jest niemożliwe do połączenia. Odwołujący dokonał też analizy życiorysów pana S. złożonych w innych ofertach, w których ekspert nie wykazuje doświadczenia zdobytego w Niemczech.

Zamawiający w punkcie 9.3. „Instrukcji dla wykonawców” wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w pkt 9.1.2 oraz 9.1.4.2., polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest złożenie w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt. 9.1.1.1. – 9.1.1.6. (§ 1 ust. 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*). W zakresie warunku dot. doświadczenia ILF oparła się na potencjale Airport Consulting Partners GmbH, spółki utworzonej zgodnie z prawem Republiki Federalnej Niemiec. Dla spółki tej nieprawidłowo jednakże

złożono dokumenty dotyczące podstawy wykluczenia z postępowania opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych – zgodnie bowiem z § 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, a jeżeli nie wydaje się tych dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W Republice Federalnej Niemiec, zgodnie z prawem tego kraju wydaje się „Zaświadczenie o niekaralności”. Z brzmienia niemieckiej ustawy o Centralnym Rejestrze oraz Rejestrze Środków Wychowawczych wynika, iż do rejestru wpisuje się prawomocne orzeczenia sądowe, a rejestr ten nie obejmuje m.in. skazań, w wyniku których orzeczono karę pieniężną nie przekraczającą dziewięćdziesięciu stawek dziennych lub karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy do trzech miesięcy, jeśli w rejestrze nie jest wpisana inna kara. Oznacza to, iż w „Zaświadczeniu niekaralności” nie są ujawniane wszystkie skazania, co czyni je różnym od informacji uzyskiwanej z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. W związku z powyższym zakres informacji ujawniony w niemieckim „Zaświadczeniu niekaralności” nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie może być przedstawiane jako dokument potwierdzający spełnianie warunku z art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a prawidłowym udokumentowaniem wymogów określonych przez Zamawiającego jest jedynie załączenie stosownych oświadczeń złożonych przed notariuszem przez członków zarządu Airport Consulting Partners GmbH.

Z powyższych powodów ILF nieprawidłowo również udokumentowała w stosunku do Airport Consulting Partners GmbH brak okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawiając „Zaświadczenie niekaralności”. Niemiecka ustawa o prowadzeniu

działalności gospodarczej (GewO) w § 149 wskazuje, jakiego rodzaju informacje wpisywane są do rejestru i brak w niej informacji określonych zakresem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym w stosunku do ILF zachodzą także okoliczności skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż przedłożył on informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia” w odniesieniu do p. Szildera, dla Lotniska Radom i Lotniska Łask, podaje nieprawdziwe informacje wskazując powierzchnie nawierzchni lotniskowych z betonu cementowego.

Projekt dotyczący Lotniska Łask składał się z szeregu umów o roboty budowlane, co potwierdza m.in. dokument dołączony przez ILF w ramach uzupełnień wystawiony przez 12 TOL, w którym wymienia, dla jakich zadań p. S. miał udzielone pełnomocnictwa, m.in. 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” oraz 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)”. P. S. w ramach swojego zatrudnienia w 12 TOL, które przypada na okres 2 lutego 2004 r. – 31 października 2006 r. pełnił jedynie funkcję inspektora nadzoru na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów”, w ramach którego zostało wykonane 65.000 m² podbudowy drogi kołowania z betonu, z czego w okresie zatrudnienia p. S. zostało ukończone i pokryte warstwą nawierzchnią 60.000 m². Jest to jedyny projekt z całego doświadczenia zawodowego p. S., który obejmuje swoim zakresem budowę nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego, jednakże nie spełnia on wymogu co do wielkości. P. S. nie pełnił jednakże funkcji inspektora nadzoru na zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” na Lotnisku w Łasku, na którym wykonywano ok. 100.000 m² nawierzchni z betonu cementowego. W związku z powyższym nie wiadomo w oparciu o co ILF wskazuje doświadczenie p. S. na projekcie Lotnisko w Łasku jako doświadczenie w zakresie budowy 140.000 m² nawierzchni.

Kwestionowane dane nie tylko zostały zawarte w samej ofercie, ale także w dokumentach przedłożonych tytułem uzupełnienia dokumentów, poza tym treść wyjaśnień udzielonych przez ILF pismem z 3 września 2010 r.

jednoznacznie wskazuje, iż ILF działała ze świadomym zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W piśmie tym bowiem oświadcza, że p. S. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w ramach projektu polegającego na budowie (rozbudowie) nawierzchni lotniskowej na lotnisku w Łasku obejmującej rozbudowę połączoną z remontem i przebudową, drogi startowej, płaszczyzn postojowych dla samolotów i głównej drogi kołowania strefy rozśrodkowania samolotów. ILF oświadczył też, iż pan S. w ramach swojego zatrudnienia w 12 TOL nadzorował kontrakt 51031 „Budowa strefy rozśrodkowania samolotów”, który był częścią składową projektu polegającego na modernizacji lotniska w Łasku obejmującego między innymi budowę nawierzchni lotniskowych o łącznej powierzchni 140.000 m². ILF stara się stworzyć przekonanie, że zadania „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” oraz „Modernizacja nawierzchni GDK (głównej drogi kołowania)” były jednym kontraktem, w ramach którego był wykonywany jednolity nadzór inwestorski. Tymczasem inwestor – 12 TOL wyraźnie wskazuje, iż były to odrębne zadania, a pan S. w ramach projektu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK” nie pełnił funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego.

W odniesieniu do projektu dotyczącego Lotniska w Radomiu ILF wskazuje, iż p. Szilder wykonywał funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, zaś powierzchnia nawierzchni lotniskowych z betonu cementowego i asfaltowego wynosiła 180.000 m², jednak w ramach tego zadania p. S. nie nadzorował jakichkolwiek robót związanych z budową lub przebudową nawierzchni lotniskowych z betonu cementowego.

Podane nieprawdziwie informacje dotyczą składowych elementów warunku udziału w postępowaniu, zatem mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W rezultacie czynność wyboru oferty ILF jako najkorzystniejszej została dokonana z rażącym naruszeniem prawa, w sposób mający wpływ na wynik postępowania, Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania według spisu kosztów. Stwierdził też, iż z treści oświadczeń o braku podstaw

do wykluczenia z postępowania złożonych przez Grontmij CARL BRO A/S oraz p. Pawła N. nie wynika, że oświadczenia te zostały złożone przez pełnomocnika. Pełnomocnik, dokonując czynności w imieniu swojego mocodawcy, winien wykazać, że działa w tym charakterze, a w sytuacji, w której pełnomocnik dokonał czynności prawnej nie ujawniając wobec kontrahenta, że działa w cudzym imieniu, czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych dla reprezentowanego. Brak oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania nie został uzupełniony nawet po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tego względu Zamawiający przyjął, iż oświadczenia te zostały podpisane niezgodnie z reprezentacją wykonawców je składających. W ocenie Zamawiającego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia jest osobistym oświadczeniem danego wykonawcy, zatem Zamawiający ma wątpliwość, czy w świetle art. 95 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie to może być złożone przez pełnomocnika. Natomiast gdyby przyjąć, że można złożyć takie oświadczenie przez pełnomocnika, to z uwagi na charakter takiej czynności mocodawca winien udzielić pełnomocnictwa szczegółowego lub co najmniej rodzajowego. Pełnomocnictwo z 14 maja 2010 r. udzielone przez p. Pawła N. oraz pełnomocnictwo z 9 czerwca 2010 r. udzielone przez Grontmij CARL BRO A/S w zakresie umocowania do składania oświadczeń spełniają kryteria pełnomocnictwa ogólnego, tj. uprawniającego do dokonywania tzw. czynności zachowawczych, czyli związanych ze sprawowaniem zwykłego zarządu. Przedmiotowe pełnomocnictwa zawierają jedynie ogólne stwierdzenie, że pełnomocnik jest upoważniony „do (...) składania oświadczeń”, nie zostało tu sprecyzowane, o jakie oświadczenia chodzi, czy oświadczenia wiedzy, czy woli. W ocenie Zamawiającego złożenie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia nie mieści się w zakresie czynności zwykłego zarządu i wobec tego, na podstawie art. 98 zd. 2 kodeksu cywilnego, jest wymagane co najmniej pełnomocnictwo rodzajowe lub nawet szczególne. Zamawiający nie podziela również stanowiska Odwołującego w sprawie prokury, która jest wyspecjalizowanym pełnomocnictwem handlowym, udzielanym przez przedsiębiorcę podlegającego wpisowi do rejestru, i obejmującym umocowanie do czynności

sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Tym samym prokurent może składać oświadczenia jedynie w imieniu reprezentowanego przez siebie podmiotu, natomiast pan Piotr G. złożył oświadczenia nie w imieniu swojego mocodawcy, ale pozostałych członków konsorcjum. Poza tym przepis § 6 ust. 2 rozporządzenia *w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wprowadza generalną zasadę, że każdy z członków konsorcjum musi samodzielnie i zgodnie z zasadą reprezentacji podpisywać własne dokumenty. Przepis ten również uzasadnia wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości podpisania przez prokurenta lidera konsorcjum w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia ich z postępowania.

W zakresie zarzutów dotyczących ILF Zamawiający stwierdził, że podjął decyzję w oparciu o posiadaną wiedzę i dokumenty.

Przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosił ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. wnosząc o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt podpisania go przez osobę nieumocowaną do występowania w imieniu wszystkich członków konsorcjum wnoszących odwołanie – prokurenta spółki Grontmij Polska Sp. z o.o., który z uwagi na brak odrębnego umocowania ze strony pozostałych członków konsorcjum, na mocy udzielonej prokury jest umocowany wyłącznie do reprezentowania spółki Grontmij Polska Sp. z o.o. Jednocześnie Przystępujący stwierdził, iż zarzuty odwołania są bezzasadne. Dołączone do oferty tego Odwołującego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do Grontmij CARL BRO A/S oraz pana Pawła Nowaka nie zostały skutecznie złożone, zostały bowiem podpisane przez prokurenta samoistnego spółki Grontmij Polska, a więc osobę umocowaną wyłącznie do działania w imieniu tej spółki, a nie podmiotów które udzieliły jej pełnomocnictw. Zgodnie bowiem z ugruntowanym w doktrynie prawa cywilnego poglądem, prokurent jest jedynie wyspecjalizowanym pełnomocnikiem a nie organem przedsiębiorcy, więc oświadczenia składane przez prokurenta nie są składane przez podmiot

udzielający prokury (zgodnie z teorią organów), a jedynie w imieniu tego podmiotu i wywołują skutek jedynie wobec osoby reprezentowanej. W konsekwencji umocowanie prokurenta do występowania również w imieniu pozostałych członków konsorcjum Grontmij musiałoby wynikać z odrębnego umocowania, udzielonego bądź to ze strony tych podmiotów, bądź spółki Grontmij Polska. Wobec braku takiego umocowania nie ma podstaw, na gruncie przepisu art. 109¹ kodeksu cywilnego, do uznania, że pełnomocnictwo do podejmowania wszelkich czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa spółki (prokura), rozciąga się automatycznie także na umocowanie do działania w imieniu innych podmiotów, które spółkę udzielającą prokury ustanowiły swoim pełnomocnikiem. Wobec powyższego czynność wykluczenia Odwołującego uznać należy za skuteczną i zgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją powyższego jest w szczególności brak możliwości rozpatrzenia i uwzględnienia dalszych zarzutów Odwołującego, bowiem w odniesieniu do odwołania w tej części Odwołujący nie dysponuje interesem prawnym do jego wniesienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności nie spełnia warunku w postaci możliwości lub poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w odwołaniu wybiórczo przywołuje dokumenty, jakie złożone zostały przez ILF w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do p. S. pomijając wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z 3 września 2010 r., w którym ILF potwierdził informacje zawarte w ofercie, a dotyczące wykonanej usługi nadzoru nad wykonaniem budowy nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego o łącznej powierzchni ponad 100.000 m² (Zamawiający dopuścił sumowanie powierzchni dróg startowych lub/i płyt postojowych lub/i dróg kołowania ramach jednej usługi nadzoru): „całkowita powierzchnia robót nawierzchni betonowej z betonu B40 wynosiła około 140.000m². Wskazana robota budowlana (rozbudowa) nawierzchni lotniskowej wykonana była z betonu cementowego” (dotyczy modernizacji

lotniska w Łasku). Tym samym ILF w sposób jednoznaczny potwierdził, iż łączna powierzchnia rozbudowy nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego na projekcie modernizacji Lotniska Łask, w ramach którego p. S. wykonał usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru wyniosła ponad 100.000 m², więc potwierdził spełnienie wymagań.

W przywołanej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19 lipca 2010 r., w części dotyczącej uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług na wskazanych przez Zamawiającego projektach, ILF złożył więcej niż jeden (przywołany przez Odwołującego jako „jedyne”) dokument – załączył dwa komplementarne dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie przez pana S. usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na rzecz 12 TOL w latach 2004 – 2006: list referencyjny podpisany przez Szefa 12 TOL potwierdzający należyte wykonanie usługi nadzoru w latach 2004-2006 oraz odpowiedź 12 TOL na pismo w sprawie podania pełnych nazw zadań nadzorowanych przez pana Szildera w latach 2004-2006, stanowiącą doprecyzowanie zakresu nadzorowanych robót m.in. w ramach projektu modernizacja Lotniska Łask. Zatem ILF spełnia wymagania dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonymi w pkt 9.1.3.1. oraz spełniła wymogi w zakresie przedłożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi nadzoru wykazanej w „Wykazie osób”. Przystępujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu – pisma p. S. do Szefa 12 TOL, w odpowiedzi na które uzyskano przekazaną Zamawiającemu odpowiedź z 4 sierpnia 2010 r., które, zdaniem Przystępującego, rozwiewa ewentualne wątpliwości co do zakresu prac wykonywanych przez p. S. i będących przedmiotem referencji udzielonych przez 12 TOL.

Pan S. posiada wymagane doświadczenie. Oprócz informacji zawartych w ofercie ILF przedłożył w trybie udzielania wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług wykazanych w „Wykazie osób”. Podważanie przez Odwołującego doświadczenia zawodowego eksperta wyłącznie na podstawie informacji zawartych w ofertach składanych w innych postępowaniach przetargowych

i potwierdzających spełnianie ściśle określonych przez innych zamawiających wymagań, jest nieuzasadnione i niedopuszczalne.

Odwołujący stwierdza, iż p. S. nie posiada uprawnień do pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego na terenie Niemiec, jednak Zamawiający wymagał, aby osoba proponowana na stanowisko eksperta „posiadała doświadczenie zawodowe w zakresie nadzorowania robót elektrycznych np. jako inspektor nadzoru (...)”, tym samym Zamawiający nie ograniczył doświadczenia, jakie powinna posiadać proponowana na ww. stanowisko osoba wyłącznie do doświadczenia w sprawowaniu funkcji inspektora nadzoru. W piśmie z 5 sierpnia 2010 r. ILF udzielił wyjaśnień w sprawie doświadczenia zawodowego osoby proponowanej na to stanowisko, a stawiane przez Odwołującego zarzuty, nieoparte żadnymi dowodami, nie są zgodne ze stanem faktycznym.

Odnosnie nieprzedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu, z którego potencjału korzysta ILF, Przystępujący wskazał, że na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia, że zachodzą przesłanki do uwzględnienia odwołania, w tym przypadku do uznania, że złożone dokumenty nie są prawidłowe lub wystarczające z punktu widzenia wymagań postawionych przez Zamawiającego lub przepisy prawa, a z argumentacji przedstawionej przez Odwołującego nie wynika, aby ILF nie spełnił wymogu przedstawienia odpowiedniego zaświadczenia o niekaralności członków zarządu podmiotu oraz zaświadczenia o braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne w stosunku do podmiotu zbiorowego. Odwołujący nie wykazał, aby przypadki skazania, które zgodnie z przepisami prawa niemieckiego nie podlegają wpisowi do Centralnego Rejestru oraz Rejestru Środków Wychowawczych dotyczyły w ogóle sytuacji wskazanych w 24 ust.1 pkt 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji zarzuty te nie mogą zostać uznane za udowodnione, a tym samym stanowiące podstawę do uwzględnienia odwołania w tej części.

Przystępujący nie widzi też podstaw do kwestionowania informacji o doświadczeniu zawodowym p. S. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19 lipca 2010 r. ILF przekazał ww. dokumenty potwierdzające spełnianie warunków w tym zakresie dotyczące projektu

modernizacji lotniska w Łasku, a w związku z wezwaniem z 26 sierpnia 2010 r., wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące projektu modernizacji lotniska w Łasku. W odniesieniu do nadzorowania przez p. S. robót objętych realizacją zadania „Modernizacja nawierzchni GDK” na lotnisku w Łasku, wbrew twierdzeniom Odwołującego podważającym doświadczenie eksperta zdobyte na tym zadaniu, zadanie to stanowi pierwszą pozycję w potwierdzeniu z 4 sierpnia 2010 r. otrzymanym z 12 TOL.

Przystępujący nie zgodził się, iż punkt 9.1.3.1.2 „Instrukcji dla wykonawców” dotyczy wyłącznie budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z interpretacją Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego pojęcie „modernizacja” mieści się w zakresie pojęciowym remontu, przebudowy albo rozbudowy, tym samym nie są one jednoznacznie budowlanymi z rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Gdyby Zamawiający stosował taką interpretację, musiałby nie uznać również doświadczenia eksperta wskazanego przez Odwołującego.

Zarzut jakoby zadanie inwestycyjne na lotnisku w Łasku składało się z szeregu umów o roboty budowlane należy wskazać, iż jest on zupełnie pozbawiony merytorycznych podstaw, bowiem Zamawiający w swoich wymaganiach nie zawarł warunku prowadzenia nadzoru wyłącznie na jednym zadaniu inwestycyjnym w oparciu o jedną umowę o roboty budowlane. Jednocześnie Zamawiający dopuścił w ramach jednej usługi sumowanie powierzchni dróg startowych, płyt postojowych i dróg kołowania. Pan Szilder jako osoba zatrudniona w oparciu o umowę o pracę pełniła dla pracodawcy jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w oparciu o potwierdzone i przekazane Zamawiającemu rozkazy, tym samym wymóg pełnienia jednej usługi został wypełniony.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia odwołania, a sporna kwestia poprawności reprezentacji Odwołującego przez prokurenta Grontmij Polska Sp. z o.o. stanowi jeden z zarzutów odwołania, który będzie rozpatrywany podczas rozprawy. Izba uznała także, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, iż stan faktyczny postępowania, w tym dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych w jego trakcie dokumentów, nie jest sporny pomiędzy Stronami oraz Przystępującym, został on prawidłowo przedstawiony w przytoczonych powyżej pismach, zatem nie zachodzi potrzeba jego ponownego przytaczania. Sporne pomiędzy Stronami (i Przystępującym) są jedynie jego konsekwencje.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania bezsporne jest, iż zgodnie z wymogiem punktu 9.1.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, sporządzone wg wzoru stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, musiało być złożone dla każdego z tych wykonawców. Odwołujący złożył odrębne dokumenty dla każdego z konsorcjantów, wszystkie podpisane przez prokurenta samoistnego Grontmij Polska Sp. z o.o. będącego pełnomocnikiem konsorcjum, a na wezwanie do ich uzupełnienia odpowiedział, iż są one złożone prawidłowo.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego stwierdzając, iż na gruncie treści udzielonych pełnomocnictw oraz samych oświadczeń, nie widzi przeszkód prawnych, aby zostały one podpisane przez prokurenta Grontmij Polska Sp. z o.o. W treści pełnomocnictw nie ma zastrzeżenia, iż Grontmij Polska Sp. z o.o. może być reprezentowany tylko przez zarząd, co czasem zdarza się w pełnomocnictwach, poza tym wyraźnie wskazują one na upoważnienie do składania oświadczeń (co jest zresztą standardem w tego rodzaju pełnomocnictwach). Wbrew twierdzeniu Zamawiającego pełnomocnictwa te

są pełnomocnictwami rodzajowymi – skoro nie są ani szczególnymi do konkretnej czynności, ani generalnymi do ogólnego reprezentowania mocodawców – upoważniają do „rodzaju” czynności, którymi są czynności w niniejszym postępowaniu. Poza tym, również wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, z treści oświadczeń wynika jednoznacznie, iż zostały one złożone nie w imieniu własnym pana G. lub też reprezentowanej przez niego Grontmij Polska Sp. z o.o., ale Grontmij CARL BRO A/S i p. Pawła N. – świadczą o tym zarówno wpisy dotyczące wykonawców i osoby reprezentującej, znajdujące się na początku i końcu dokumentów, jak i całokształt okoliczności, m.in. to, które podmioty ubiegają się o udzielenie zamówienia i ujawnienie pełnomocnictw.

Tym samym Zamawiający, z powyższej przyczyny, niesłusznie wykluczył Odwołującego z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk oraz złożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji Izba stwierdziła, iż Zamawiający w stosunku do tego specjalisty (pkt 9.1.3.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wymagał co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w zakresie nadzorowania budowy lub/i przebudowy nawierzchni lotniskowych (dróg startowych lub/i płaszczyzn postoju samolotów lub/i dróg kołowania) oraz wykonania w tym okresie co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował on kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej (droga startowa lub/i płyta postojowa lub/i droga kołowania) z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100.000 m² (Zamawiający dopuszczał w ramach jednej usługi, o której mowa powyżej sumowanie powierzchni dróg startowych, płyt postojowych, dróg kołowania) wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie (dodatkowy dokument, w oparciu o art. 138c pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Częścią sporną spełnienia warunku było doświadczenie p. Sz. w wykonaniu jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował on kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100 000 m². Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego złożonym na rozprawie, spośród wskazanych dla p. S. kontraktów, tę część warunku miały potwierdzać prace na lotnisku w Łasku, czyli zadanie 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” oraz 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)”, a pozostałe pozycje zostały podane dla spełnienia ogólnego wymogu doświadczenia; z kolei dla lotniska w Radomiu brak jest kompletu wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

W „Wykazie osób” Przystępujący wskazał te zadania jako jedną usługę „Projekt: Lotnisko Łask (remont, przebudowa i rozbudowa drogi startowej DS., płaszczyzn postojowych dla samolotów PPS i CPPS, głównej drogi kołowania GDK oraz budowa strefy rozśrodkowania samolotów SRS) o wielkości nawierzchni z betonu cementowego 140.000 m² i wartości ok. 124 mln złotych, świadczoną w okresie luty 2004 – listopad 2006.” Również „Oświadczenie/wyjaśnienie” p. Szildera z 28 sierpnia 2010 r. odnosi się do projektu jako całości.

Z przedstawionych dokumentów wynika, co nie jest sporne między Stronami i Przystępującym, iż zadanie 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” obejmuje powierzchnię mniejszą niż 100.000 m² z betonu cementowego, a p. Szilder pełnił tam funkcję inspektora nadzoru. Natomiast w stosunku do zadania 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” bezsporne jest, że obejmuje ono powierzchnię powyżej 100.000 m² z betonu cementowego, natomiast Odwołujący kwestionuje fakt, że p. S. pełnił tam funkcję inspektora nadzoru – jego zdaniem pełnił ją p. Nowak (obie te osoby pracowały w 12 TOL). Odwołujący stwierdza także, iż oba zadania nie stanowią jednej usługi.

Izba stwierdziła, iż na str. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części „Uwaga” Zamawiający wskazał, iż przez usługę rozumie wykonanie czynności w ramach jednej umowy podstawowej wraz z pozostałymi umowami zawartymi wyłącznie w ramach zamówień uzupełniających lub dodatkowych do umowy podstawowej. Ponieważ informacja ta została

zawarta w części dotyczącej ekspertów, pomiędzy wymogami odnoszącymi się do tych ekspertów, a wykazem dokumentów ich dotyczących (wykaz osób, oświadczenia o uzupełnieniu tych osób, uprawnienia, referencje dla osób), postanowienie to bezspornie odnosi się do tych osób. Podobna uwaga znajduje się również w ogłoszeniu o zamówieniu.

Biorąc więc pod uwagę powyższą definicję wyraźnie odnoszącą się do osobnych kontraktów i zamówień publicznych oraz wskazanie w dokumentach z 12 TOL, np. piśmie z 23 września 2010 r., że, zdaniem inwestora, były to odrębne zadania inwestycyjne – roboty budowlane, Izba stwierdziła, że nie można tych zadań uznać za jedną usługę, nawet jeśli byłyby one nadzorowane przez jedną osobę w ramach jej obowiązków pracowniczych wynikających z tej samej umowy o pracę. Patrząc w ten sposób, pracownik w ciągu np. 20 lat pracy mógłby się wykazać tylko jedną trwającą 20 lat usługą, co byłoby nielogiczne, poza tym sprzeczne z przedstawioną powyżej definicją jednej usługi. Skoro więc z inspektorem nadzoru nie zawarto odrębnych umów na poszczególne zadania – albo jednej umowy opiekującej na oba zadania łącznie, co spełniałoby wymóg Zamawiającego „jednej usługi” – słuszne wydaje się odniesienie do powyżej zdefiniowanej jednej usługi jako poszczególnych robót budowlanych. Rozróżnienie to jednak nie ma znaczenia, ponieważ do wykazania wymaganej powierzchni 100.000 m² i tak niezbędne jest wykazanie pełnienia funkcji inspektora nadzoru przy zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (głównej drogi kołowania)”.

Natomiast przy tym zadaniu Odwołujący wykazał, że p. S. nie pełnił tej funkcji.

Wykonawcy przedstawili Izbie m.in. następujące dokumenty, w stosunku do których Izba stwierdziła, co następuje.

Pismo (faks) Szefa 12 TOL z 28 czerwca 2010 r. wskazuje, iż p. S. był zatrudniony w 12 TOL od 2 lutego 2004 r. do 31 października 2006 r. i pełnił obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów”,

Z pisma z 23 września 2010 r., również od Szefa 12 TOL, wynika, iż inwestycje o numerach 51030 oraz 51031 na lotnisku w Łasku nie były realizowane w ramach jednego zadania (kontraktu – usługi), stanowiły one

odrębne zadania inwestycyjne, dla których przeprowadzono oddzielne procedury przetargowe związane z wyborem wykonawcy dokumentacji technicznej oraz wyłonieniem wykonawcy robót. Stwierdzono też w nim jednoznacznie, iż p. S. nie brał udziału, nie nadzorował i nie pełnił obowiązku inspektora nadzoru robót drogowych w realizacji zadania 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK”, a jedynie pełnił takie obowiązki na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów”.

Oba powyższe pisma potwierdzają także powierzchnię robót dla obu zadań.

W piśmie z 12 TOL z 11 czerwca 2010 r. do ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. potwierdzono tylko, iż p. S. sprawował funkcję inspektora nadzoru przy rozbudowie lotniska w Łasku, co jest stwierdzeniem niewątpliwie prawdziwym, gdyż (p. S. sprawował taką funkcję co najmniej dla zadania 51031), jednak zbyt ogólnym biorąc pod uwagę, iż rozbudowa ta została podzielona na szereg zadań (nie tylko sporne dwa), zatem nie można z niej wywieść, którego lub których konkretnie zadań dotyczy. Również „List referencyjny” z 12 TOL dla p. S. (bez daty) potwierdza tylko pełnienie funkcji inspektora nadzoru dla zadania 51031.

Pismo z 12 TOL z 4 sierpnia 2010 r. potwierdza samo posiadanie pełnomocnictw dla zadań 51030 i 51031 (jak również szeregu innych), jednak samo posiadanie pełnomocnictw nie jest jeszcze równoznacznie z rzeczywistym pełnieniem funkcji inspektora nadzoru na danym zadaniu. We wskazanym przez Przystępującego jako dowód piśmie p. S. do 12 TOL, prosi on tylko o podanie nazw zadań, które obejmowały wskazane pełnomocnictwa, zatem pismo to nie rozwiewa wątpliwości, czy p. S. w końcu tę funkcję pełnił.

Z „listu referencyjnego” z 20 stycznia 2006 r. wystawionego przez 12 TOL, przedłożonego Zamawiającemu w ramach wykazania spełnienia przedmiotowego warunku przez Odwołującego, wynika, że p. Paweł N. w latach 2002 – 2004 pełnił nadzór inwestorski na lotnisku Łask na zadaniu „Modernizacja nawierzchni lotniskowych GDK” (jakkolwiek brak tu pełnej zgodności nazw i numeru zadania oraz dat z datami zatrudnienia p. S. w 12 TOL, zatem nie można bez wątpliwości uznać, że było to samo zadanie, co w przypadku p. S. – 51030, zwłaszcza że inwestor podzielił modernizację lotniska na szereg zadań).

Biorąc pod uwagę powyższe, zwłaszcza treść pisma 12 TOL z 23 września 2010 r., w którym inwestor stwierdził, iż pan S. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru na zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (głównej drogi kołowania)”, Izba uznała, że zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz złożenia w tym zakresie (zadania 51030) nieprawdziwych informacji potwierdził się. Niemniej jednak, ponieważ jedynym dokumentem, który może być niepodważalnym dowodem przesadzającym, czy p. S. rzeczywiście pełnił funkcję inspektora nadzoru w przedmiotowym zadaniu, jest dziennik robót, a nie został on przedstawiony podczas rozprawy, Zamawiający w ramach nakazanego powtórzenia czynności badania ofert, powinien umożliwić Przystępującemu wykazanie tego dowodu wzywając go do przedstawienia wypisu lub kopii dziennika w części zawierającej wpisy w zakresie powołanych inspektorów nadzoru.

Przy tym Izba zwraca uwagę, iż, w przypadku niewykazania przez Przystępującego, że przedstawiona przez niego informacja w tym zakresie jest prawdziwa, złożenie nieprawdziwych informacji powoduje, że Zamawiający nie jest zobowiązany żądać uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej Izba stwierdziła, że Zamawiający w stosunku do tego eksperta wymagał wykazania się co najmniej 5-letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie nadzorowania robót elektrycznych np. jako inspektor nadzoru, oraz wykonania w tym okresie nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami: w tym co najmniej jednym obejmującym budowę lub przebudowę oświetlenia nawigacyjnego lotniska oraz co najmniej jednym obejmującym budowę lub przebudowę systemu naprowadzania ILS wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie.

Analizując brzmienie powyższego warunku oraz porównując je z brzmieniem warunku dotyczącego Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk oraz w specjalności sanitarnej, można stwierdzić, że tylko

w odniesieniu do Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk Zamawiający we wskazanej „usłudze szczegółowej” wyraźnie wskazał, że miał on pełnić funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. W pozostałych dwóch specjalnościach, w tym elektrycznej, funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego została wskazana tylko przykładowo przy ogólnym doświadczeniu zawodowym „w zakresie nadzorowania robót”, a w „usługach szczegółowych” Zamawiający posłużył się określeniem „wykonał nadzór” – tym samym, zdaniem Izby, dany specjalista mógł pełnić funkcję kierownika budowy lub robót, a także zajmować stanowisko (merytoryczne) w zespole Inżyniera Kontraktu lub podobnym zespole.

Z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego, w tym „Listów referencyjnych” wystawionych przez Airport Consulting Partners GmbH z 9 czerwca 2010 r. i 22 lipca 2010 r. wynika, iż p. S. był członkiem zespołu odpowiedzialnego za planowanie oraz nadzór nad przebudową systemu naprowadzania ILS wraz z urządzeniami oświetlenia nawigacyjnego w Leipzig/Halle, a także członkiem zespołu odpowiedzialnego za nadzór nad montażem urządzeń ILS w Bazie Lotniczej NATO w Spangdahlem, a w ramach pełnienia funkcji specjalisty w tym zespole wykonywał w szczególności nadzór nad robotami elektrycznymi. Odwołujący nie wykazał, że informacje dotyczące tych usług są nieprawdziwe.

Izba uznała, iż nie ma powodu kwestionować tej informacji tylko dlatego, że, jak wskazał Odwołujący, Airport Consulting Partners GmbH jest podmiotem powiązaniem z Przystępującym, tym bardziej, że wykonawcy nawet samodzielnie wystawiali referencje przedstawianym przez nich osobom. Także sam fakt, że w innych życiorysach p. S., złożonych w innych postępowaniach, nie figurują rzeczzone zadania, nie jest jeszcze przesądzający, że nie pełnił on tych funkcji – należy tu przyznać rację Przystępującemu, że mogło to wynikać z faktu, iż wykonawcy, przygotowując wymagane dokumenty, dostosowują ich treść wskazując informacje istotne lub pomijając nieistotne z punktu widzenia spełniania postawionego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przedstawienia nieprawidłowych dokumentów dla podmiotu, którego doświadczeniem posłużył się Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Airport Consulting Partners GmbH), Izba stwierdziła, że w punkcie 9.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zażądał przedstawienia w takiej sytuacji dokumentów dla tych podmiotów, m.in. informacji z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 – 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z dokumentacji postępowania wynika, że dla Airport Consulting Partners GmbH, w ramach uzupełnienia dokumentów zostało przedstawione również oświadczenie złożone przed notariuszem (oświadczenie z 26 lipca 2010 r., na dzień 10 czerwca 2010 r., tj. dzień składania ofert) obejmujące swoim zakresem także oświadczenie, iż wobec podmiotu tego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, o czym mowa w § 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (oświadczenie takie znajduje się również wśród dokumentów złożonych wraz z ofertą, jakkolwiek w angielskojęzycznym oryginale użyto tam bardziej ogólnego i mogącego budzić wątpliwości określenia „for contracts” , natomiast w uzupełnionym, niemieckim, bardziej związanego z publicznym charakterem umów „öffentlichen Auftrag”). Tym samym w tym zakresie rozważania dotyczące poprawności złożenia zaświadczenia lub oświadczenia przed notariuszem są zbędne.

Natomiast w odniesieniu do dokumentów dotyczących członków zarządu Airport Consulting Partners GmbH Izba stwierdziła, iż sporne „Zaświadczenie o niekaralności” można uznać za dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie bowiem do treści § 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w przypadku wykonawcy (tu odpowiednio – podmiotu trzeciego) mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa się

zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jeżeli w miejscu zamieszkania osoby nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby. Sformułowanie „w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy” należy rozumieć tak, że podstawę wydania zaświadczenia stanowi katalog wszystkich przestępstw wymienionych w tych przepisach. Przepisy rozporządzenia wskazują wyraźnie, iż podmiot w pierwszej kolejności obowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członka zarządu, zatem ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach, nie narzucając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania zakresu tych zaświadczeń. Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, inaczej bowiem w każdym przypadku należałoby badać, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko wywodzonej przez Odwołującego różnicy w wysokości kary, powodującej, że skazanie ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien np. ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. (Warto zwrócić choćby uwagę, iż w przedstawionych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentach dotyczących duńskiego wykonawcy, znajduje się informacja zawierająca szereg warunków, pod którymi kara, która zasadniczo powinna być wpisana do duńskiego rejestru, nie będzie tam uwidocznioma). Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, a także pewność obrotu wymagają uznania prymatu, zgodnie z przepisami

rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie osoby, a oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa – „dokumentu nie wydaje się”. Poza tym racjonalny ustawodawca, implementując do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw, w tym jej art. 45 ust. 3 lit. a) stanowiący, że wyciąg z rejestru sądowego stanowi wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z wymienionych przypadków odpowiadających katalogowi przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym, biorąc pod uwagę rozbieżności w poglądach i orzecznictwie w tym zakresie (czy „lepsze” jest zaświadczenie nawet niepełne, czy oświadczenie przed notariuszem albo może oba te dokumenty naraz), przy czym w stosunku do każdej z tych interpretacji można przedstawić argumenty wskazujące na jej wady i zalety, a jednocześnie żadna z nich nie ma jednoznacznie ugruntowanej pozycji dominującej, trudno zarzucić Zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych, tym bardziej, że samo przekonanie co do merytorycznego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie było kwestionowane.

Ponieważ w niniejszym przypadku zachodzi okoliczność wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....