

Sygn. akt KIO/UZP 1715/09,

KIO/UZP 1726/09

WYROK
z dnia 7 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Jolanta Markowska
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30 listopada 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa,

B. Konsorcjum firm: 1. Alpine Bau Deutschland AG, 2. Alpine Bau GmbH, 3. Alpine Construction Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: Furholzener Strasse 12, 85-386 Eching, Niemcy

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Gdańsk reprezentowaną przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** protestów:

A. Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa z dnia 26 października 2009 r.

B. Konsorcjum firm: 1. Alpine Bau Deutschland AG, 2. Alpine Bau GmbH, 3. Alpine Construction Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: Furholzener Strasse 12, 85-386 Eching, Niemcy z dnia 23 października 2009 r.

przy udziale wykonawców:

- **Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A., 2. Sygnity Technology Sp. z o.o., 3. ELIN Sp. z o.o., 4. ELIN GmbH & Co. KG, adres dla lidera konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1715/09 po stronie Zamawiającego i 1726/09 po stronie Odwołującego,

- **Konsorcjum firm: 1. Qumak-Sekom S.A., 2. Sony Poland Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1715/09 po stronie Zamawiającego i 1726/09 po stronie Odwołującego,

- **Konsorcjum Firm: 1. Siemens Sp. z o.o., 2. Siemens Aktiengesellschaft, adres dla lidera konsorcjum: ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1715/09 i 1726/09 po stronie Odwołujących,

- **TRIAS S.A., ul. Równinna 11/13, 87-100 Toruń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1715/09 po stronie Zamawiającego i 1726/09 po stronie Odwołującego,

- **Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/ZUP 1726/09 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1A. Oddala odwołanie.

1B. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny spełnienia tych warunków oraz nakazuje ponowne czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny spełnienia tych warunków po uprzednim wykluczeniu z postępowania Konsorcjum

firm: Mega Music Sp. z o.o., Lauda Audio Abramowicz Sp. j., Signal Perfection LTD subsidiary of AVI-SPL Inc.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa,

- Gminę Miasto Gdańsk reprezentowaną przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Alpine Bau Deutschland AG, 2. Alpine Bau GmbH, 3. Alpine Construction Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: Furholzener Strasse 12, 85-386 Eching, Niemcy,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **9 431 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy czterysta trzydzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A.** kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Gdańsk reprezentowanej przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- B.** kwoty **5 831 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Gminę Miasto Gdańsk reprezentowaną przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Alpine Bau Deutschland AG, 2. Alpine Bau GmbH, 3. Alpine Construction Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: Furholzener Strasse 12, 85-386 Eching, Niemcy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **55 538 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **17 769 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Telekomunikacja Polska S.A., 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L., 4. Abantia Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa,**
- B** kwoty **37 769 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Alpine Bau Deutschland AG, 2. Alpine Bau GmbH, 3. Alpine Construction Polska Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: Furholzener Strasse 12, 85-386 Eching, Niemcy.**

U z a s a d n i e n i e

Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu: Wspólnoty Europejskie -Zamówienia na roboty budowlane w trybie dialogu konkurencyjnego pod NR 2009/S 163-236407 z dnia 26 sierpnia 2009r.

Postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest "Wybór Partnera Technologicznego Stadionu Piłkarskiego w Gdańsku do przygotowania, realizacji i eksploatacji systemów teletechnicznych oraz zapewnienia finansowania w tym zakresie", sygnatura: BIEG/ZP/14/07/2009/JM.

Zamawiającym jest: Gmina Miasta Gdańsk reprezentowana przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 ul. Nowe Ogrody 8/12, Gdańsk.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2009r. zarządzono łączne rozpoznanie odwołań wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

1. Konsorcjum wykonawców: Telekomunikacja Polska S.A., Asseco Systems S.A., Auditel Ingenieria y Servicios S.L. ,Abantia Polska Spółka z o. o. reprezentowani przez: Telekomunikacja Polska S.A. Pion Klientów Kluczowych Grupy TP ul. Moniuszki 1A; 00-014 Warszawa o Sygn. Akt 1715/09 ;
2. Konsorcjum wykonawców: Alpine Bau Deutschland AG, Alpine Bau GmbH, Alpine Construction Polska Sp. z o.o., reprezentowani przez Alpine Bau Deutschland AG: Furholzener Strasse 12, 85-386 Eching, Niemcy o Sygn.akt 1726/09

Odwołanie o Sygn.akt KIO/UZP 1715/09

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców:

1. Telekomunikacja Polska S.A. - lider konsorcjum

2. Asseco Systems S.A.

ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa

3. Auditel Ingenieria y Servicios S.L.

Ada. Del. Partenon 10 28042 Madrid

4. Abantia Polska Spółka z o. o.

ul. Wały Piastowskie 1, 80-958 Gdańsk reprezentowani przez:

Jacka Tylca Adres do korespondencji: Telekomunikacja Polska S.A.

Pion Klientów Kluczowych Grupy TP Ul. Moniuszki 1A 00-014 Warszawa

1. Odwołanie wniesiono pismem z dnia 16 listopada 2009 r. wobec braku rozstrzygnięcia protestu.

W dniu 26 października 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na:

1) ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznaniu ocen za spełnianie tych warunków, w odniesieniu do:

a) Konsorcjum: Sygnity S.A., Sygnity Technology Sp. z o.o., Elin Sp. o.o., Elin GmbH&Co. KG;

b) Konsorcjum: Mega Music Sp. z o.o., Lauda Audio Adamowicz Sp. Jawna, Signal Perfection LTD Subsidiary of AVI-SPL;

c) Trias S.A.,

d) Konsorcjum Qmak Sekom S.A., Sony Poland Sp. z o.o.

2) zaproszeniu do udziału w dialogu oraz zaniechaniu wykluczenia z postępowania w odniesieniu do wykonawców wskazanych w pkt 1).

2. W dniu 5 listopada 2009 r. protest na zasadzie art. 183 ust. 3 ustawy został oddalony.

3. Wnosząc odwołanie Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty podniesione w proteście tj. zarzut naruszenia:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 60d ust. 1 -3 ustawy, w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz § 2ust. 1pkt 1lit.a) i c) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), poprzez błędne przyjęcie, że dokumenty dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Konsorcjum: Sygnity S.A., Sygnity Technology Sp. z o.o., Elin Sp. o.o., Elin GmbH&Co. KG -potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu, a w konsekwencji zaproszenie Konsorcjum do udziału w dialogu, podczas gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;

2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 60d ust. 1 -3 ustawy oraz art. 14 ustawy z związku z art. 38 Kodeksu cywilnego, w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) poprzez błędne przyjęcie, że dokumenty dołączone do wniosku przez Konsorcjum: Mega Music Sp. z o.o., Lauda Audio Adamowicz Sp. Jawna, Signal Perfection LTO Subsidiary of AVI-SPL, potwierdzają właściwe umocowanie osób działających w imieniu spółki Signal Perfection LTO Subsidiary of AVI-SPL, a w konsekwencji zaproszenie Konsorcjum do udziału w dialogu, podczas gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;

3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 60d ust. 1 -3 ustawy, w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez błędne przyjęcie, że dokumenty dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożone przez Trias S.A. potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaproszenie Trias S.A. do udziału w dialogu, podczas gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

4) art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy oraz art. art. 60d ust. 1 -3 ustawy, w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że dokumenty dołączone do wniosku o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu złożone przez Konsorcjum Qmak Sekom S.A., Sony Poland Sp. z o.o. potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaproszenie Konsorcjum Qmak Sekom S.A., Sony Poland Sp. z o.o. do udziału w dialogu, podczas gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

4. Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków, w odniesieniu do wniosków złożonych przez:

a) Konsorcjum: Sygnity S.A., Sygnity Technology Sp. z o.o., Elin Sp. o.o., Elin GmbH&Co. KG;

b) Konsorcjum: Mega Music Sp. z o.o., Lauda Audio Asamowicz Sp. Jawna, Signal Perfection LTO Subsidiary ot AVI-SPL,

c) Trias SA;

d) Konsorcjum Qmak Sekom S.A., Sony Poland Sp. z o.o.

2) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców wskazanych w pkt 1) do udziału w dialogu,

3) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym w pkt 1), a w konsekwencji wykluczenia wykonawców wskazanych w pkt 1).

5. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Protestującego (Odwołującego) w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, wskazani powyżej wykonawcy podlegaliby wykluczeniu z postępowania, co bezpośrednio przekłada się na zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Powyższa okoliczność niezbicie dowodzi naruszenia interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ustawy.

6. Protest został rozstrzygnięty przez Zamawiającego w sposób określony w art. 183 ust. 3 ustawy w dniu 5 listopada 2009 r. Wnosząc niniejsze odwołanie w dniu 16 listopada 2009 r. Odwołujący zachował termin na wniesienie odwołania wynoszący dziesięć dni od dnia rozstrzygnięcia protestu, z uwzględnieniem przepisu art. 115 Kodeksu cywilnego.

W uzasadnieniu przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

1. Uzasadniając zarzut nr 1 Na wezwanie zamawiającego, Konsorcjum, którego liderem jest Sygnity S.A., przedstawić miało dokument wystawiony w kraju, w którym siedzibę ma wykonawca -ELIN GmbH&Co. KG, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Jest to dokument wystawiony przez ANKO - Auftragnehmerkataster Osterrach (Austriacki Kataster Wykonawców). Przedstawiony dokument zaświadcza jedynie, iż w Katastrze złożone zostały dokumenty dotyczące potwierdzenia kwalifikacji wykonawcy do uczestniczenia w zamówieniach publicznych, oraz, że treść tych dokumentów można uzyskać z użyciem wskazanego kodu wykonawcy. Natomiast w żadnym przypadku nie można przyjąć, iż Wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu wymagany dokument zaświadczenie o braku zakazu ubiegania się o zamówienie -w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c) 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 są składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). System austriacki opiera się na składaniu dokumentów w odpowiednim urzędzie (ANKO), który nadaje wykonawcy numer, pod którym wymagane dokumenty są dostępne, w tym dla Zamawiających. Należy jednak podkreślić, że nie można utożsamiać wskazania źródła, z którego można uzyskać właściwe dokumenty (wyłącznie w języku niemieckim) ze złożeniem takiego dokumentu. Dokumenty potwierdzające, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, wystawiane są przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości.

Wykonawca nie przedstawił także zaświadczenia, że wobec ELIN GmbH&Co.KG nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, co narusza § 2 ust. 1 pkt 1) lit. a) ww. rozporządzenia. Dokumenty poświadczające taką okoliczność wystawiane są przez Sąd Krajowy w Salzburgu.

2. Uzasadniając zarzut nr 2 wskazano co następuje:

Pełnomocnictwo do reprezentowania Signal Perfection LTO w niniejszym postępowaniu, udzielone Mega Music Sp. z o.o., zostało podpisane przez Pana George Douglas.

Jednocześnie Wykonawca nie przedłożył żadnego dokumentu, z którego wynikałoby umocowanie do działania wyżej wymienionego w imieniu spółki Signal Perfection LTD.

Za dokument taki nie może być uznane dołączone na wezwanie Zamawiającego 14 października 2009 r. "oświadczenie o zdolności" złożone przed notariuszem 6 października 2009 r. przez Pana Nicholas A. Yancich, w którym w pkt 8 stwierdza się, że "Georges Douglas Starszy (pierwszy) Zastępca Prezesa jest upoważniony do negocjowania i udzielania pełnomocnictw, do negocjowania kontraktów w imieniu Signal Perfection LTD dba SPL Zintegrowane Rozwiązania", jako, że z żadnego dokumentu

przedłożonego przez Wykonawcę nie wynika, że Pan Nicholas A. Yancich, jest umocowany do działania w imieniu rzeczowej spółki. Jedynie z oświadczenia złożonego przed notariuszem przez Georga W. Douglas wynika, że Pan Nicholas Yancich wchodzi w skład zarządu przedsiębiorstwa oraz, że pełni w nim funkcję dyrektora finansowego.

Powyższe dokumenty ograniczają się więc do tego, że Pan Nicholas Yancich potwierdza, że Pan Georg W. Douglas jest uprawniony do reprezentowania spółki, natomiast Pan Georg W. Douglas potwierdza, że Pan Yancich wchodzi w skład zarządu spółki.

Natomiast żadnego z tych dokumentów nie wynika, że osoba podpisująca pełnomocnictwo dla Mega Music Sp. z o. o. jest uprawniona do reprezentowania Signal Perfection Ltd.

Sposób reprezentacji spółki nie może zostać również wykazany przez dokument „Amcles od incorporation signal perceptron ltd.”, choćby z powodu faktu, że wykonawca nie przedłożył tłumaczenia dokumentu na język polski.

Należy również podkreślić, że inne dokumenty przedłożone na wezwanie są przedłożone bez tłumaczenia, jak np.: „Dun and Bradstreet Report”, „Request for Taxpayer Identification Numer and Certifiation”.

3. Zarzut nr 3 - dokument „Wykaz wykonanych robót budowlanych”, dołączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożony przez Trias S.A., nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3. ogłoszenia. Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia wykonawcy ubiegający się o uzyskania zamówienia powinni wykazać, że wykonali należycie, co najmniej jedno zamówienie o wartości 7.500.000 zł netto, polegające na wykonaniu jednego lub wielu systemów wymienionych w pkt II.2.1) w obiekcie, spośród następujących typów obiektów: stadion, hala sportowa, hala widowiskowa. Wykonawca Trias S.A. w wykazie wykonanych robót budowlanych stwierdził, że wykonał roboty budowlane wraz z montażem i instalacją i dostawą poniższych systemów:
-dostawa wraz z montażem i instalacją systemu kontroli dostępu wraz z systemem rejestrującym, elementów wyposażenia hali sportowej, oraz wielkoformatowych systemów wizualizacji,
-instalacji profesjonalnego sprzętu do nagłośnienia sportowych imprez masowych.

Należy wskazać na zaznaczone przez samego wykonawcę „wykonanie elementów wyposażenia hali sportowej”. Elementami takimi może być jakiegokolwiek wyposażenia hali jak np.: krzeselka, sprzęt sportowy itp., czyli elementy, które nie mają nic wspólnego z systemami wskazanymi w ogłoszeniu.

4.Zarzut nr 4 - pismem z dnia 16 października 2009 roku, Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Qmak Sekom S.A. i Sony Poland Sp. z o.o. spełnia warunki wymagane do wzięcia udziału w postępowaniu. Składając wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym Konsorcjum wskazało na wykonanie prac instalacyjnych w

obiekcie "SOLPARK", który miał uzyskać miano centrum przygotowawczego Euro 2012. Jak wynika z treści punktu III. 2.3 ogłoszenia, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 7.500.000 PLN netto, polegające na wykonaniu jednego lub wielu systemów w obiekcie spośród następujących typów obiektów: stadion, hala sportowa, hala widowiskowa. Obiekt "SOLPARK" nie należy do kategorii obiektów, które zostały ściśle określone w ogłoszeniu o zamówieniu. "SOLPARK" jest kompleksem sportowo-rekreacyjnym, na który składa się szereg mniejszych inwestycji i budowli, a więc nie sposób uznać go za stadion, halę sportową czy halę widowiskową. Przedstawiony przez Konsorcjum obiekt referencyjny nie spełnia zdefiniowanych przez Zamawiającego kryteriów. Fakt, że jedną z części kompleksu Solpark jest niewielka hala sportowa i boisko piłkarskie, nie daje podstaw do kwalifikowania całości przedsięwzięcia jako spełniającego postawione przez Zamawiającego warunki. Trzeba dodać, że Konsorcjum wykonało instalacje niskoprądowe w kilku budynkach, a nie w jednym z typów budynków określonych w ogłoszeniu. Zamawiający wyraźnie określił, że dopuszcza wykonanie jednego lub wielu systemów wymienionych w ogłoszeniu w jednym obiekcie. Ponadto wartość wykonanych prac została zawyżona (np. wykonanie serwerowni obsługującej cały kompleks nie można traktować jako obsługującej wyłącznie część sportowo-widowiskową). Odmienna analiza stanu faktycznego dotyczącego wywiązania się przez Konsorcjum Qmak Sekom S.A. i Sony Poland Sp. z o.o. powoduje naruszenie wymagań określonych w Ogłoszeniu. Zamawiający w ogłoszeniu w sposób wyraźny określił warunki, jakie powinien spełniać zgłaszający swój udział w toczącym się postępowaniu. Wskazania tych warunków i dokładne wyszczególnienie wymagań w szczególności, co do określenia, jakich instalacji oraz typów budynków, nie można traktować w sposób dowolny. Konsorcjum Qmak Sekom S.A. i Sony Poland Sp. z o.o. nie wypełniło w sposób prawidłowy i oczekiwany przez Zamawiającego wykonania instalacji na ściśle określonych typach budynków sportowych. Warunkiem dopuszczenia do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu było należyte wykonanie prac w ściśle określonych rodzajach budynków sportowych, nie w jakimkolwiek dowolnym budynku. W tym stanie rzeczy Konsorcjum Qmak Sekom S.A. i Sony Poland Sp. z o.o. powinno zostać wykluczone z postępowania.

po stronie Zamawiającego, toczącego się w wyniku wniesienia w dniu 16 listopada 2009 r. odwołania przez Odwołującego Konsorcjum firm Telekomunikacja Polska SA, Asseco Systems SA, Auditel Inżynieria y Servlclos SL, Abantia Polska Spółka z o.o.

Interes prawny Przystępującego polega na tym, że w przypadku odrzucenia lub oddalenia odwołania, Przystępujący zostanie zaproszony do dialogu konkurencyjnego zachowując szanse na uzyskanie zamówienia w związku z tym, że interes prawny Przystępującego może doznać uszczerbku w wyniku ewentualnego uwzględnienia złożonego w postępowaniu odwołania, wnosi o odrzucenie odwołania albo ewentualnie o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów wobec Trias S.A., ze względu na niezasadność podnoszonych w nim zarzutów oraz kierowanych w tym zakresie żądań.

I.

Odwołanie podlega odrzuceniu ze względu na brzmienie art. 180 ust 7 ustawy, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Odwołanie zostało wniesione przez Pana Jacka Tylca, działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez Pana Leszka Hołdę. Jednakże Pan Leszek Hołda nie jest umocowany do ustanowienia pełnomocnika zarówno w imieniu Telekomunikacji Polskiej, gdyż nie wchodzi w skład zarządu tej spółki oraz nie jest jej prokurentem, a przynajmniej nie wynika to z dokumentów złożonych wraz z protestem ani odwołaniem, jak i w imieniu pozostałych członków konsorcjum, gdyż nie posiada pochodzących od nich pełnomocnictw lub ich nie załączono. Nie wynika również z dokumentów załączonych do protestu i odwołania, aby inni niż TP SA członkowie konsorcjum wyrazili zgodę na ustanawianie substytucyjnych pełnomocników przez kogokolwiek innego niż pełnomocnik któremu sami pełnomocnictwa udzielili.

Takim Pełnomocnikiem nie jest Pan Leszek Hołda, a tym samym udzielone przez niego pełnomocnictwo dla Jacka Tylca nie wywołuje skutków prawnych. W związku z powyższym odwołanie należy uznać za wniesione przez podmiot nie posiadający legitymacji do jego wniesienia.

II.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych wobec firmy Trias SA należy wskazać, że odwołanie jest niezasadne merytorycznie i jako takie podlega oddaleniu. Trias SA wskazał w wykazie doświadczeń -zamówienie o wartości 7,5 mln zł polegające na wykonaniu systemów spełniających żądania zamawiającego. Fakt ich nazwania w wykazie słownictwem odmiennym od tego, którego życzyłby sobie Odwołujący nie powoduje, że warunek nie jest spełniony. Należy zwrócić uwagę, że w referencji odnoszącej się do tej pozycji wykazu, jasno wskazano, że całość wykazanych prac spełniających warunek postawiony przez obecnego zamawiającego została wykonana należycie a ich wartość (a nie wartość jakichkolwiek innych świadczeń) wynosi ponad 7,5 mln zł.

Ponadto Odwołujący mógł z łatwością sprawdzić jaki był zakres i wartość zrealizowanych prac, gdyż doświadczenie wynika z umowy o zamówienie publiczne, która jest jawna z mocy prawa.

Pismem z dnia 3 grudnia 2009 r. podmioty występujące wspólnie:

Sygnity S.A. -Pełnomocnik Konsorcjum

Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa

Sygnity Technology Sp. z o.o.

ul. Towarowa 35;61-896 Poznań

ELIN Sp. z o.o.

ul. Pryzmaty 4, 02-226 Warszawa

ELIN GmbH & Co. KG

KraubstraBe 1-7, 4021 Linz, Austria

zwane dalej "Sygnity"("Zgłaszający")przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując, iż ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, ponieważ jeżeli Zamawiający unieważni decyzję o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków i wykluczy Sygnity z udziału w postępowaniu, to uniemożliwi Zgłaszającemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Sygnity zauważa, iż zarzuty podniesione w proteście oraz podtrzymane w odwołaniu, są niezasadne i jako takie powinny zostać oddalone.

W uzasadnieniu przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

Załączone przez Zgłaszającego do wniosku dokumenty spełniają wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego w ogłoszeniu o postępowaniu. Co więcej Zamawiający pismem z dnia 05 października 2009 zwrócił się do Zgłaszającego o wyjaśnienia m. in. w zakresie, o którym mowa w przedmiotowym odwołaniu. W odpowiedzi na wezwanie Zgłaszający przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia oraz dokumenty, na potwierdzenie, że wobec spółki ELIN GmbH & Co. KG nie orzeczono zakazu ubiegania się zamówienia. Zdaniem Zgłaszającego nieuzasadnione jest stwierdzenie, że złożenie dokumentu wystawionego przez ANKO nie jest złożeniem dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. ANKO jest organizacją, która prowadzi listę wiarygodnych firm, która stanowi urzędowy wykaz zatwierdzonych wykonawców, na dowód czego załączamy do niniejszego przystąpienia informację z Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Austrii

przygotowaną przez Wydział Promocji Handlu i Inwestycji. Informacja zawiera szczegółowy opis zasad działania ANKO. Wpis na listę prowadzoną przez ANKO stanowi potwierdzenie, że wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby wobec wykonawcy orzeczono zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia, to nie zostałby on wpisany na listę prowadzoną przez ANKO. Wydawane przez ANKO zaświadczenie jest również dokumentem. Zgłaszający wskazuje na treść przepisu art. 52 "Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez instytucje publiczne lub prywatne" 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 (Dziennik Urzędowy L 134 , 30/04/2004 P. 0114 -0240), który stanowi, że: Państwa Członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo ich certyfikację przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne. Państwa Członkowskie dostosowują warunki dokonywania wpisów w takich wykazach oraz wydawania certyfikatów przez instytucje certyfikacyjne do przepisów art. 45 ust. 1, art. 45 ust. 2 lit. a)-d) i g), art. 46, art. 47 ust. 1,4 i 5, art. 48 ust. 1,2,5 i 6, art. 49 oraz, w stosownych przypadkach, art. 50. Państwa Członkowskie dostosowują je także do przepisów art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 w odniesieniu do wniosków o dokonanie wpisu w wykazie, składanych przez wykonawców należących do grupy i powołujących się na udostępnione im zasoby przez inne podmioty należące do tej grupy. W takim przypadku wykonawcy ci muszą udowodnić organowi sporządzającemu urzędowy wykaz, iż zasoby te zostaną oddane do ich dyspozycji na cały okres ważności zaświadczenia potwierdzającego ich wpis w urzędowym wykazie i że przez ten sam okres podmioty te nadal będą spełniały kryteria kwalifikacji określone w artykułach, o których mowa w drugim akapicie, na które wykonawcy powołują się we wnioskach.

Wykonawcy wpisani w urzędowych wykazach lub posiadający certyfikat mogą w przypadku każdego zamówienia przedłożyć instytucji zamawiającej zaświadczenie o wpisie wydane przez właściwy organ lub certyfikat wystawiony przez właściwą instytucję certyfikacyjną.

Zdaniem Zgłaszającego, nieprawdziwy jest zarzut sformułowany przez Konsorcjum TP S.A., że Zgłaszający nie załączył do wniosku informacji, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zgodnie z informacją uzyskaną z Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Austrii, dokument wystawiany przez ANKO potwierdza, że wobec ELIN GmbH & Co. KG nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Zgodnie z treścią przepisu art. 45 "Kryteria kwalifikacji podmiotowej" 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, ust. 2 lit. a i b, z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

Zgłaszający wskazuje, że na podstawie przepisu art. 52 tejże dyrektywy certyfikat wydawany przez instytucję prowadzącą wykaz zatwierdzonych wykonawców, może potwierdzać warunek o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. a i b tejże dyrektywy, iż

wykonawca, który znajduje się na liście nie znajduje się w stanie upadłości lub likwidacji ani nie jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości.

Podkreślić należy, iż zgodnie z treścią przepisu § 2 ust. 1 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. z 2006 nr 87 poz. 605 z późno zm.), jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust.

1:

1) pkt 2, 3 i 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 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;

2) pkt 4 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

Zgłaszający stwierdza, że w związku z tym, że uczestnikiem konsorcjum Zgłaszającego jest wykonawca, który ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dotyczą to przepisy rozporządzenia w tym zakresie. Zgłaszający wykazał, że ELIN GmbH & Co. KG spełnia warunki stawiane wykonawcom zgodnie z treścią przepisu rozporządzenia. W związku z tym, wnioski sformułowane przez konsorcjum TP S.A. dotyczące unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznanie oceny za spełnienie

warunków, w odniesieniu do wniosku złożonego przez Zgłaszającego; unieważnienia czynności zaproszenia Zgłaszającego do udziału w dialogu; powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym w proteście oraz w odwołaniu w odniesieniu do Zgłaszającego, a w konsekwencji wykluczenia Zgłaszającego, są nie uzasadnione.

Załącznik nr 1 -informacja z Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Austrii. Załącznik nr 2 - Aktualny odpis z właściwego rejestru.

Botschaft der Republik Polen Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej
Handels-und Investitionsabteilung Wydział Promocji Handlu i Inwestycji
A-1130 WIEN, TITLGASSE 15

Wiedeń, 02.07.2009 r. Informacja nt. certyfikatów wykonawców zamówień publicznych w Austrii.

Certyfikacja wykonawców zamówień publicznych w Austrii funkcjonuje pod postacią tzw. "Listy wiarygodnych firm" (niem. Liste geeigneter Unternehmer®), która jest opracowywana, prowadzona, nadzorowana przez Austriacki Kataster Zleceniobiorców ANKO Auftragnehmerkataster Österreich (www.ankoe.at) i następnie udostępniana instytucjom zlecającym zamówienia publiczne. Kataster jest spadkobiercą Austriackiego Urzędu Zamówień Publicznych założonego w 1939 r. Jest on instytucją użyteczności publicznej typu "non profit". Kataster posiada formę organizacyjno-prawną Sp.z o. o. (niem. Ges. m.b.H.).

Udziałowcami Katastru są przedstawiciele instytucji zlecających zamówienia publiczne (ministerstwa federalne, landowe, Austriackie Koleje Państwowe, Austriacki Koncern Paliwowy) oraz przedstawiciele samorządu gospodarczego tj. Austriacka Izba Gospodarcza (członkostwo obowiązkowe dla austriackich firm), landowe izby gospodarcze, Austriacka Izba Inżynierów i Techników.

Należy dodać, że Austriacki Kataster Zleceniobiorców ANKO został oceniony przez stosowną agendę Komisji Europejskiej jako wzorcowy przykład instytucji wspomagającej realizację zamówień publicznych tzw. "The Best Practice"

"Lista wiarygodnych firm" nie jest obowiązkowa, jest fakultatywna. Innymi słowy potencjalni wykonawcy zamówień publicznych mogą dobrowolnie wystąpić do Katastru z wnioskiem o umieszczenie danej firmy -po przejściu stosownej procedury sprawdzającej na wyżej wymienionej liście. Do wniosku firma musi załączyć:

1. aktualny wciąg z rejestru działalności gospodarczej gminy i/lub KRS;
2. zaświadczenie o rodzaju i charakterze prowadzonej działalności gospodarczej, kwalifikacjach posiadanych przez kierownictwo i pracowników, członkostwie w izbie gospodarczej;

3. listy referencyjne z ostatnio zrealizowanych zamówień publicznych i/lub inwestycji, dostaw, zrealizowanych kontraktów;
4. zaświadczenie z urzędu skarbowego o nie zaleganiu z podatkami;
5. zaświadczenie z ZUS o nie zaleganiu ze składkami na ubezpieczenia społeczne;
6. zaświadczenie z Biura Informacji Kredytowej o zobowiązaniach w stosunku do banków, instytucji finansowych i/lub osób fizycznych.

Potencjalni wykonawcy zamówień publicznych, w tym również firmy z Polski, mogą dokonać odpłatnego wpisu na wspomnianą listę zwracając się bezpośrednio do:

ANKO Auftragnehmerkataster Österreich Handelskei 94-96 Postfach 142 A-1206 Wien Tel.: (+431) 333666623 -Ing. Mag. Rudolf Maier Fax.: (+431) 333 6666 19 e-mail: sekretariat@ankoe.at www.ankoe.at

Wnioskodawca po przejściu procedury sprawdzającej otrzymuje od Katastru swój własny kod i zostaje wciągnięty na "Listę wiarygodnych firm" w centralnym portalu internetowym Katastru.

We wniosku o rejestrację firma zobowiązuje się w stosunku do Katastru, że będzie dostarczać na bieżąco informacje o każdej zmianie dotyczącej jej profilu działalności, zobowiązaniach, standingu finansowego, oraz wyraża zgodę na udostępnianie informacji o firmie potencjalnym zleceniodawcom zamówień publicznych.

Zarejestrowanie się w ANKO i poddanie się obowiązującej procedurze weryfikacji jest swoistą przepustką do systematycznego i automatycznego dostępu do zamówień publicznych i jednocześnie dowodem na kompetencję i solidność przedsiębiorstwa. W ten sposób potencjalni zleceniobiorcy mogą spełnić, z wyprzedzeniem, ustawowy wymóg poświadczania swoich umiejętności technicznych, zawodowych i sytuacji finansowej, które są stawiane przy ogłaszaniu każdego, kolejnego zamówienia publicznego w myśl ustawowych zapisów.

Należy podkreślić, że "Listy wiarygodnych firm" jest elementem większej całości tj. systemu funkcjonowania zamówień publicznych w Austrii.

BvergG 2006 uwzględnia zasady przejrzystości postępowania, konkurencyjności i stosowania środków odwoławczych, co maże mieć praktyczne znaczenie dla małych i średnich firm (w tym z Polski). Zamawiających obowiązuje zasada minimalnej liczby oferentów w przetargach ograniczonych (minimum pięć ofert) oraz w negocjacjach z zachowaniem konkurencji (minimum trzy oferty). W przypadku niepomyślnych rozstrzygnięć dla oferentów Ustawa daje prawo do złożenia protestu w Federalnym Urzędzie ds. Zamówień (niem. BVA www.bva.at).

Zamawiający mogą zawęzić zespół uczestników postępowania w tzw. przetargu ograniczonym -bez wcześniejszej informacji o nim -tylko do wyżej wymienionych

sprawdzonych i solidnych podmiotów z "Listy wiarygodnych firm" tj. Liste geeigneter Unternehmer®

Opr.: Marek Kudła WPHil Wiedeń 02.07.2009 r.

Pismem z dnia 01.12.2009r. przystąpiło do postępowania odwoławczego:

Konsorcjum (zwane dalej "Konsorcjum Siemens"):

1. Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11 03-821 Warszawa;
2. Siemens Aktiengesellschaft Wittelsbacher Platz 2 80333 Monachium

toczącego się w wyniku wniesienia w dniu 16.11.2009 r. odwołania przez Odwołującego, po stronie Odwołującego.

Konsorcjum Siemens przystępując do ww. postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, mając na uwadze interes prawny Konsorcjum Siemens, zainteresowane jest tym, aby odwołanie wniesione przez Odwołującego rozstrzygnięte zostało na korzyść Odwołującego.

Konsorcjum Siemens zgadza się z zarzutami Odwołującego podniesionymi w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Konsorcjum Siemens wnosi o: uwzględnienie odwołania w całości.

Podtrzymując zatem w całości argumentację podniesioną przez Konsorcjum Siemens w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, Konsorcjum Siemens wnosi jak wyżej.

Pismem z dnia 4 grudnia 2009r. Konsorcjum w składzie:

1. Qumak -Sekom S.A. Al. Jerozolimskie 94; 00-807 Warszawa
2. Sony Poland Sp. z o.o. ul. Ogrodowa 58; 00-876 Warszawa

zwane dalej "Qumak -Sekom S.A." przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wskazuje, że posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania i rozstrzygnięcia protestu na korzyść Zamawiającego jako, że uwzględnienie protestu w części wskazanej przez Przystępującego, może doprowadzić do odrzucenia jego wniosku do udziału w postępowaniu, co doprowadzi do niemożności uczestniczenia Przystępującego w dalszym etapie postępowania jakim jest udział w dialogu konkurencyjnym, a co za tym idzie braku możliwości uzyskania przedmiotowego Zamówienia.

Przystępujący wnosi o:

1. oddalenie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 8 Ustawy Pzp odwołania w części dotyczącej zarzutów, co do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt. 3 Ustawy Pzp oraz art. 60d ust. 1-3 Ustawy Pzp w związku z art. 25 ust I pkt. 1 Ustawy Pzp dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przyłączającego;
2. względnie oddalenie w całości odwołania od rozstrzygnięcia protestu Odwołującego na czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego jako wniesione przez podmiot nie posiadający interesu prawnego.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, bowiem nie ma obiektywnych podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania;

Zamawiający nie naruszył art. 24 ust 2 pkt. 3 Ustawy, bowiem zasadnie i z zastosowaniem przepisów ustawy dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zapraszając Przystępującego do udziału w dialogu.

W uzasadnieniu przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

Rozstrzygnięcie Zamawiającego o oddaleniu protestu w całości zostało podjęte w pełni w zgodzie z przepisami Ustawy, co potwierdzają poniższe opisane przez Przystępującego tezy.

I. Bezpodstawność zarzutów Odwołującego, co do zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia wniosku do udziału w postępowaniu Przystępującego, jako nie spełniającej wymogów ogłoszenia:

Przystępujący zwraca uwagę, co zdaje się zupełnie pomijać w swoim wywodzie Odwołujący, iż "Żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko do dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia" (Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009; KIO/uZP 916/09).

Przystępujący podkreśla, iż załączone referencje potwierdzają prawidłowe wykonanie robót na obiekcie SOLPARK oraz potwierdza, iż zarówno obiekt ten jak i prace na nim wykonywane odpowiadają swym zakresem Przedmiotowi Zamówienia. Ponadto wskazujemy, powołując się na pismo dn. 27 listopada 2009 r. od głównego specjalisty ds. kompleksu Dydaktyczno-Sportowego mgr inż. Krzysztofa Koptonia dotyczące podstawowych informacji na temat parametrów, przeznaczenia oraz architektury, a także instalacji

teletechnicznych w wielofunkcyjnym Kompleksie Dydaktyczno -Sportowym "SOLPARK", że na kompleks SOLPARK składa się część sportowa w której zakres wchodzi: "pełnowymiarowe boisko piłkarskie ze sztuczną, podgrzewaną murawą, spełniająca wymagania FIFA 2 star, hala sportowa wraz z częścią basenową i centrum SPA, kręgielnia, salka bilardowa, lodowisko". Przytoczony fragment pisma daje wyraz temu, iż bezzasadnym jest podważanie doświadczenia Przystępującego, ponieważ część sportowa ww. obiektu może być w swej skali porównywalna do Przedmiotu Zamówienia o czym świadczą jej parametry.

Niezmiernie istotne znaczenie ma również fakt, iż kwota wskazana w referencjach i wyjaśnieniach do tych referencji z dn. 14.10.2009r ogranicza się tylko do realizacji prac w części ściśle sportowej obiektu, ponieważ całość wynagrodzenia za realizację prac w obiekcie SOLPARK wynosiła ok. 22 mln PLN.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

1. Co do zarzutu nr 1 skierowanego pod adresem Konsorcjum, którego liderem jest Sygnity S.A., w zakresie dokumentu wystawionego w kraju, w którym siedzibę ma wykonawca (członek Konsorcjum) -ELIN GmbH&Co. KG, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Dokument wystawiony został przez ANKO -Auftragnehmerkataster Osterraich (Austriacki Kataster Wykonawców). Według Odwołującego T.P. S.A. przedstawiony dokument zaświadcza jedynie, iż w Katastrze złożone zostały dokumenty dotyczące potwierdzenia kwalifikacji wykonawcy do uczestniczenia w zamówieniach publicznych oraz, że treść tych dokumentów można uzyskać z użyciem wskazanego kodu wykonawcy. Natomiast według Odwołującego na podstawie dokumentu wystawionego przez ANKO nie można przyjąć, iż członek Konsorcjum ELIN GmbH&Co. KG przedstawił Zamawiającemu wymagany dokument zaświadczenie o braku zakazu ubiegania się o zamówienie -w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c) 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 są składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). System austriacki opiera się na składaniu dokumentów w odpowiednim urzędzie (ANKO), który nadaje wykonawcy numer, pod którym wymagane dokumenty są dostępne, w tym dla Zamawiających. Natomiast Odwołujący uważa, że nie można utożsamiać wskazania źródła, z którego można uzyskać właściwe dokumenty (wyłącznie w języku niemieckim) ze złożeniem dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu o ubieganie się o zamówienie publiczne. Według wiedzy Odwołującego dokumenty potwierdzające, że wobec

wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, wystawiane są przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości. Reasumując stanowisko Odwołującego T.P.S.A. sprowadza się do twierdzenia, że system ANKO nie stanowi dowodu na to, że wykonawca który jest zarejestrowany w tym systemie ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia bez przedstawienia odrębnych dokumentów poświadczających, że nie otwarto wobec niego likwidacji, czy nie ogłoszono upadłości oraz bez przedstawienia dokumentów wskazujących na to, że nie orzeczono wobec zarejestrowanego wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie. Tym samym zdaniem Odwołującego T.P.S.A. fakt umieszczenia wykonawcy w systemie ANKO nie zwalnia go z obowiązku przedłożenia odrębnych zaświadczeń, które wydają w Austrii wymienione powyżej organy państwowe (Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości – co do zakazu ubiegania się o zamówienie, Sąd Krajowy w Salzburgu. - co do otwarcia likwidacji i ogłoszenia upadłości.)

Izba w zakresie tak sformułowanego zarzutu podzieliła pogląd Przystępującego po postępowania odwoławczego Sygnity, uznając argumentację, że dokument ANKO uwiarygodnia status ELIN GmbH&Co.KG w zakresie nie ogłoszenia wobec tej firmy upadłości lub otwarcia likwidacji, a także braku zakazu ubiegania się o zamówienie. Tym samym Izba uznała, że złożenie dokumentu wystawionego przez ANKO jest złożeniem dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Bowiem ANKO jest organizacją, która prowadzi listę wiarygodnych firm, która to lista stanowi urzędowy wykaz zatwierdzonych wykonawców, na dowód czego Przystępujący złożył informację z Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Austrii przygotowaną przez Wydział Promocji Handlu i Inwestycji. Informacja zawiera szczegółowy opis zasad działania ANKO. Wpis na listę prowadzoną przez ANKO stanowi potwierdzenie, że wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, bez konieczności przedkładania odrębnych dokumentów. Artykuł 52 "Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez instytucje publiczne lub prywatne" 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 (Dziennik Urzędowy L 134 , 30/04/2004 P. 0114 -0240), który stanowi, że: Państwa Członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo ich certyfikację przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne. Państwa Członkowskie dostosowują warunki dokonywania wpisów w takich wykazach oraz wydawania certyfikatów przez instytucje certyfikacyjne do przepisów art. 45 ust. 1, art. 45 ust. 2 lit. a)-d) i g), art. 46, art. 47 ust. 1,4 i 5, art. 48 ust. 1,2,5 i 6, art. 49 oraz,

w stosownych przypadkach, art. 50. Państwa Członkowskie dostosowują je także do przepisów art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 w odniesieniu do wniosków o dokonanie wpisu w wykazie, składanych przez wykonawców należących do grupy i powołujących się na udostępnione im zasoby przez inne podmioty należące do tej grupy. W takim przypadku wykonawcy ci muszą udowodnić organowi sporządzającemu urzędowy wykaz, iż zasoby te zostaną oddane do ich dyspozycji na cały okres ważności zaświadczenia potwierdzającego ich wpis w urzędowym wykazie i że przez ten sam okres podmioty te nadal będą spełniały kryteria kwalifikacji określone w artykułach, o których mowa w drugim akapicie, na które wykonawcy powołują się we wnioskach. Wykonawcy wpisani w urzędowych wykazach lub posiadający certyfikat mogą w przypadku każdego zamówienia przedłożyć instytucji zamawiającej zaświadczenie o wpisie wydane przez właściwy organ lub certyfikat wystawiony przez właściwą instytucję certyfikacyjną. Zgodnie z treścią przepisu § 2 ust. 1 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. z 2006 nr 87 poz. 605 z późno zm.), jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1: 1) pkt 2, 3 i 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 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; 2) pkt 4 -składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. W związku z tym Izba uznała, że skoro uczestnikiem konsorcjum Zgłaszającego jest wykonawca, który ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dotyczą go przepisy rozporządzenia w tym zakresie. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykazał, że ELIN GmbH & Co. KG spełnia warunki stawiane wykonawcom zgodnie z treścią przepisu rozporządzenia. Wobec powyższego odwołanie wniesione przez konsorcjum TP S.A. w powyższym zakresie nie zostało uwzględnione. Izba nie uwzględniając w powyższym zakresie zarzutu wzięła pod uwagę informację z Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Austrii (w aktach sprawy) i zacytowaną powyżej w stanowisku podmiotów występujących wspólnie: Sygnity S.A. -Pełnomocnik Konsorcjum Al. Jerozolimskie 180, 02-486

Warszawa Sygnity Technology Sp. z o.o.ul. Towarowa 35;61-896 Poznań ELIN Sp. z o.o. ul. Pryzmaty 4, 02-226 Warszawa ELIN GmbH & Co. KG KrauBstraBe 1-7, 4021 Linz, Austria. W związku z powyższym żądanie nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków, w odniesieniu do wniosków złożonych przez: Konsorcjum: Sygnity S.A., Sygnity Technology Sp. z o.o., Elin Sp. o.o., Elin GmbH&Co. KG, Izba nie uwzględniła.

2. Co do zarzutu nr 2 odnoszącego się do Pełnomocnictwa do reprezentowania Signal Perfection LTO w niniejszym postępowaniu, udzielone Mega Music Sp. z o.o., zostało podpisane przez Pana George Douglas. Jednocześnie Wykonawca nie przedłożył żadnego dokumentu, z którego wynikałoby umocowanie do działania ww. wymienionego w imieniu spółki Signal Perfection LTD. Za dokument taki Odwołujący nie uważa "oświadczenie o zdolności" złożone przed notariuszem 6 października 2009 r. przez Pana Nicholas A. Yancich, w którym w pkt 8 stwierdza się, że "Georges Douglas Starszy (pierwszy) Zastępca Prezesa jest upoważniony do negocjowania i udzielania pełnomocnictw, do negocjowania kontraktów w imieniu Signal Perfection LTD dba SPL Zintegrowane Rozwiązania", jako, że z żadnego dokumentu przedłożonego przez Wykonawcę nie wynika, że Pan Nicholas A. Yancich, jest umocowany do działania w imieniu rzeczonyj spółki. Jedynie z oświadczenia złożonego przed notariuszem przez Georga W. Douglas wynika, że Pan Nicholas Yancich wchodzi w skład zarządu przedsiębiorstwa, oraz, że pełni w nim funkcję dyrektora finansowego. Powyższe dokumenty ograniczają się więc do tego, że Pan Nicholas Yancich potwierdza, że Pan Georg W. Douglas jest uprawniony do reprezentowania spółki, natomiast Pan Georg W. Douglas potwierdza, że Pan Yancich wchodzi w skład zarządu spółki Skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu kierując się treścią przystąpienia do postępowania protestacyjnego Mega Music Sp. z o.o. , w którym podniesiono, że stosowanie prawa prywatnego międzynarodowego, zgodnie z którym według art.12 czynności prawne podlegają prawu dla tej czynności właściwemu, wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana. Zastosowanie tego uregulowania oznacza, że przy udzielaniu pełnomocnictwa zachować należy formę przewidzianą przez prawo państwa, w którym pełnomocnictwo zostało udzielone na gruncie przepisów kolizyjnych należy zatem uznać, że pełnomocnictwo udzielone w Stanach Zjednoczonych jest ważne, nawet gdy wymagania co do jego formy są łagodniejsze od tych, którym musiałby poddać się pełnomocnik w Polsce. Chybione zatem jest podważanie praw Pana Nicolasa

Yancich do tego, że mógł upoważnić swojego pracownika Pana Georga Douglas do negocjowania i udzielania pełnomocnictw oraz negocjowania kontraktów w imieniu Signal Perfection. Izba uwzględniając powyższy wywód Przystępującego oraz po zapoznaniu się z treścią oświadczenia złożonego pod przysięgą przed Notariuszem Hrabstwa Anne Arundel, Meryland Stany Zjednoczone Ameryki uznała, że dokument sporządzony przez Notariusza jest równie wiarygodny jak odpowiadający jemu dokument z rejestru, ponieważ Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji do uznania "Oświadczenia o zdolności" za niewiarygodny do uznania pełnomocnictwa Georga Douglas do negocjowania i udzielania pełnomocnictw. Tak więc zarzut nr 2 w zakresie żądania nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków, w odniesieniu do wniosku złożonego przez: Konsorcjum: Mega Music Sp. z o.o., Lauda Audio Abramowicz Sp. Jawna, Signal Perfection LTO Subsidiary ot AVI-SPL, nie został uwzględniony.

3. Co do zarzutu nr 3, że "Wykaz wykonanych robót budowlanych", dołączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Trias S.A., nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3. ogłoszenia. Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia wykonawcy ubiegający się o uzyskania zamówienia powinni wykazać, że wykonali należycie, co najmniej jedno zamówienie o wartości 7.500.000 zł netto, polegające na wykonaniu jednego lub wielu systemów wymienionych w pkt II.2.1) w obiekcie, spośród następujących typów obiektów: stadion, hala sportowa, hala widowiskowa. Odwołujący T.P. S.A. przywołał, że Wykonawca Trias S.A. w wykazie wykonanych robót budowlanych stwierdził, że wykonał roboty budowlane wraz z montażem i instalacją i dostawą poniższych systemów: -dostawa wraz z montażem i instalacją systemu kontroli dostępu wraz z systemem rejestrującym, elementów wyposażenia hali sportowej, oraz wielkoformatowych systemów wizualizacji, -instalacji profesjonalnego sprzętu do nagłośnienia sportowych imprez masowych. Dalej Odwołujący zarzucił, że sam Wykonawca w wykazie wskazał na "wykonanie elementów wyposażenia hali sportowej". Elementami takimi może być jakiegokolwiek wyposażenia hali jak np.: krzeselka, sprzęt sportowy itp., czyli elementy, które nie mają nic wspólnego z systemami wskazanymi w ogłoszeniu. Według Odwołującego wątpliwości te uzasadnione są tym bardziej, że kwota całości zrealizowanego zamówienia, tylko nieznacznie przekracza kwotę minimalną wskazaną przez Zamawiającego. Tak więc w ocenie Odwołującego T.P.S.A. wykonanie nawet stosunkowo niewielkiego zakresu

prac w odniesieniu do "elementów wyposażenia hali", może skutkować tym, że całość inwestycji nie kwalifikuje się ze względu na zbyt niską jej wartość.

Izba podzieliła pogląd Przystępującego TRIAS a mianowicie, że z referencji TRIAS wynika, iż przedmiotem zamówienia były dostawa, montaż i instalacja systemu kontroli dostępu wraz z systemem rejestrującym, elementy wyposażenia hali oraz wielkoformatowych systemów wizualizacji, instalacja profesjonalnego sprzętu do nagłaśniania imprez masowych na odpowiednią według Ogłoszenia kwotę. Na rozprawie Przystępujący TRIAS przedłożył wykaz sprzętu i zakres prac, z którego wynika, że w kwocie 7.654.688,00zł. znajduje się dostawa koszy najazdowych na kwotę 145.778,00zł. co nie zmienia wymaganej kwoty 7.500.000,00 przy w pozostałym zakresie spełnienia wymogu doświadczenia pod kątem zgodności z rodzajem roboty będącym przedmiotem zamówienia. Tym samym została wyjaśniona wątpliwość Odwołującego co do zakresu robót nie stanowiących jednego lub wielu systemów opisanych w pkt II.2.1) Ogłoszenia. W związku z powyższym zarzut nr 3 nie został uwzględniony w zakresie żądania nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków, w odniesieniu do wniosku złożonego przez: Trias S.A. nie został uwzględniony.

4. Co do zarzutu nr 4 - Obiekt "SOLPARK" według Odwołującego nie należy do kategorii obiektów, które zostały ściśle określone w ogłoszeniu o zamówieniu. "SOLPARK" jest kompleksem sportowo-rekreacyjnym, na który składa się szereg mniejszych inwestycji i budowli, a więc nie sposób uznać go za stadion, halę sportową czy halę widowiskową. Przedstawiony przez Konsorcjum obiekt referencyjny nie spełnia zdefiniowanych przez Zamawiającego kryteriów. Fakt, że jedną z części kompleksu Solpark jest niewielka hala sportowa i boisko piłkarskie, nie daje podstaw do kwalifikowania całości przedsięwzięcia jako spełniającego postawione przez Zamawiającego warunki. Trzeba dodać, że Konsorcjum wykonało instalacje niskoprądowe w kilku budynkach, a nie w jednym z typów budynków określonych w ogłoszeniu. Zamawiający wyraźnie określił, że dopuszcza wykonanie jednego lub wielu systemów wymienionych w ogłoszeniu w jednym obiekcie. Składający wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym Konsorcjum Qmak Sekom wskazało na wykonanie prac instalacyjnych w obiekcie "SOLPARK", który miał uzyskać miano centrum przygotowawczego Euro 2012. Jak wynika z treści punktu III. 2.3 ogłoszenia, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 7.500.000 PLN netto, polegające na wykonaniu jednego lub wielu

systemów w obiekcie spośród następujących typów obiektów: stadion, hala sportowa, hala widowiskowa. W ocenie Izby nie istotne jest, że obiekt "SOLPARK" nie należy do kategorii obiektu będącego przedmiotem zamówienia w zakresie jego wielkości, rozmiaru. Natomiast nawet uwzględniając okoliczność, że "SOLPARK" jest kompleksem sportowo-rekreacyjnym, na który składa się szereg mniejszych inwestycji i budowli, a więc nie sposób uznać go za stadion, halę sportową czy halę widowiskową to jednak jako obiekt wielofunkcyjny spełnia wymogi obiektu sportowego i widowiskowego. Skoro Zamawiający określił, że dopuszcza wykonanie jednego lub wielu systemów wymienionych w ogłoszeniu w jednym z wymienionych obiektów to w ocenie Izby Przystępujący posiada wymagane w SIWZ doświadczenie. Bowiem w ocenie Izby skoro z treści ogłoszenia wynika, że systemy mogą być wykonane albo w obiekcie sportowym, albo w obiekcie widowiskowym albo na stadionie, to również mogą zostać wykonane w obiekcie spełniającym wszystkie wyżej wymienione funkcje jednocześnie. Ponadto z treści warunku nie wynika, jak słusznie podkreślił Przystępujący, że obiekt ma być w zakresie rozmiaru tożsamy z obiektem będącym przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego do nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków, w odniesieniu do wniosku złożonego przez: Konsorcjum w składzie: Qumak -Sekom S.A. Al. Jerozolimskie 94; 00-807 Warszawa; Sony Poland Sp. z o.o. ul. Ogrodowa 58; 00-876 Warszawa.

Reasumując odwołanie Odwołującego T.P.S.A. nie zostało uwzględnione.

Odwołanie 1726/09

Dnia 13 listopada 2009r. Odwołujący: Konsorcjum wykonawców:

Alpine Bau Deutschland AG, Furholzener StraBe 12, 85386 Eching, Niemcy;

Alpine Bau GmbH, Alte BundestraBe 10, 5071 Wals bei Salzburg, Austria

Alpine Construction Polska Sp. z o. o., ul. Starowiślna 79, 31- 052 Kraków

wniosło odwołanie wobec czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na nieuwzględnieniu żądań wskazanych w proteście, który Odwołująca złożyła do siedziby Zamawiającego w dniu 26 października 2009 r.

W odwołaniu zarzucono przeprowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niezgodnie z przepisami zawartymi w art. 7. ust. 1.; naruszenie art. 26. ust. 3. i w konsekwencji nie zastosowanie się do treści art. 24. ust. 2. pkt. 3., zgodnie z treścią

którego Zamawiający w toku ww. postępowania, powinien wykluczyć z niniejszego postępowania następujących wykonawców:

1. Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00 - 105 Warszawa; ASSECO Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02- 146 Warszawa; AUDITEL Ingenieria y Servicios S.L., Avda Del Partenon 10, 28042 Madrid; Abantia Polska Sp. z o.o., ul. Wały Piastowskie 1, 80 - 958 Gdańsk, zwanego dalej Konsorcjum Telekomunikacja/ASSECO/AUD/TELIAbantia,
2. Honeywell Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39B, 02 672 Warszawa; Honeywell Control Systems Ltd., 140 Waterside Road, Hamilton Business Park, Leicester, LES HN, zwanego dalej Konsorcjum Honeywell,
3. Mega Music Sp. z o.o., ul. Leśna 15, 81 876 Sopot; Lauda Audio Adamowicz Sp. Jawna, ul. Leśna 15 a/1, 81 876 Sopot; Signal Perfection LTD Subsidiary of AVI -SPL Inc, 6301 Benjamin Road, Suite 101 Tampa, Florida 33634, USA, zwanego dalej Konsorcjum Mega/Lauda/Signal,

Wniesiono o:

- uwzględnienie odwołania;
- wykluczenie Konsorcjum Telekomunikacja/ASSECO/AUDITEL/Abantia;
- wykluczenie Konsorcjum Honeywell;
- wykluczenie Konsorcjum Mega/Lauda/Signal;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu podniesiono między innymi.

W treści protestu Odwołująca podniosła, że:

1. Konsorcjum Telekomunikacja/ASSECO/AUDITEL/Abantia w odpowiedzi na pismo z dnia 5.10.2009 r. BIEG/BAI344/1012009/JM złożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 6 października 2009 r. dotyczącą członków zarządu Abantia Sp. z o.o.: Jose Vincente Peidro Pla, Marc Bertan Feixas, Jose Pablo Ruiz Vazquez oraz Informację z Rejestru Handlowego w Madrycie z dnia 7 października 2009 r. potwierdzającą, że spółka AuditelIngenieria y Servicios SL nie została postawiona w stan upadłości. Ww. dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonego w sekcji III.2.1) ogłoszenia TED 2009/5 163-2364071 w dniu złożenia wniosków, tzn. na 25 września 2009 r.
2. Konsorcjum Honeywell w odpowiedzi na pismo z dnia 5.10.2009 r. BIEG/BA/347/10120091JM złożyło informację z dnia 12. października 2009 r. z banku Deutsche Bank Polska S.A., w którym Honeywell Sp. z o.o. posiada rachunek potwierdzający, że na dzień 9. października 2009 r. na rachunkach firmy zostały zdeponowane odpowiednie środki finansowe. Ww. dokument nie potwierdza spełniania

warunków udziału w postępowaniu (określonego w sekcji III.2.2) ogłoszenia TED 2009/5 163-2364071 w dniu złożenia wniosków tzn. na 25. września 2009 r.

3. Konsorcjum Mega/Lauda/Signal, w odpowiedzi na pismo z dnia 5.10.2009 r. BIEG/BAI351/10/2009/JM złożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 7 października 2009 r. dotyczącą członka zarządu Mega Music Sp. z o.o.: Pani Grażyny Żurowskiej -Adamowicz oraz złożyło zaświadczenie z dnia 10 października 2009 r. o niezaleganiu w podatkach, wystawione dla Mega Music Sp. z o.o., ww. dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonego w sekcji III.2.2) ogłoszenia TED 2009/5163-2364071 w dniu złożenia wniosków, tzn. na 25. września 2009 r. Wykonawcy wezwani do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożyli dokumenty datowane po terminie składania wniosków.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił Trias S.A., zwany dalej "Przystępującym", po stronie Odwołującego - wyniku wniesienia w dniu 16 listopada 2009 r. odwołania.

Przystępujący w całości zgadza się z argumentacją podnoszoną w Proteście i Odwołaniu oraz wskazuje na zasadność wykluczenia z postępowania wszystkich trzech wykonawców wskazanych przez Odwołującego. Złożenie dokumentów, których celem jest potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w taki sposób, że potwierdzają one stan na dzień późniejszy niż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu narusza dyspozycję art. 26 ust 3 ustawy oraz przepisy 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. z 2006 r., Nr 87, poz. 605). Tym samym występuje obligatoryjna przesłanka wykluczenia wskazanych wykonawców z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy.

Pismem z dnia 3 grudnia 2009 r. zgłaszający do postępowania odwoławczego : podmioty występujące wspólnie:

1. Sygnity S.A. - Pełnomocnik Konsorcjum AI. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa;
2. Sygnity Technology Sp. z o.o. ul. Towarowa 35,61-896 Poznań;
3. ELIN Sp. z o.o. ul. Pryzmaty 4,02-226 Warszawa;
4. ELIN GmbH & Co. KG KrauBstraBe 1-7, 4021 Linz, Austria

zwany dalej "Sygnity S.A" oraz "Zgłaszającym" przystąpił po stronie Odwołującego.

Przystępujący zgadza się z zarzutami wskazanymi w treści protestu złożonego przez konsorcjum ALPINE dotyczącymi przeprowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niezgodnie z przepisami zawartymi w art. 7 ust. 1 Ustawy, naruszenie art. 26 ust. 3 i w konsekwencji nie zastosowanie się do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Przystępujący stwierdza, że żądania Zamawiającego są uzasadnione i powinny zostać uwzględnione.

Kolejny przystępujący do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania:

Konsorcjum (zwane dalej "Konsorcjum Siemens"):

1. Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11 03-821 Warszawa;
2. Siemens Aktiengesellschaft Wittelsbacher Platz 2 80333 Monachium

przystępuje niniejszym do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia w dniu 16.11.2009 r. odwołania przez Odwołującego, po stronie Odwołującego.

Konsorcjum Siemens przystępując do ww. postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, mając na uwadze interes prawny Konsorcjum Siemens, zainteresowane jest tym, aby odwołanie wniesione przez Odwołującego rozstrzygnięte zostało na korzyść Odwołującego.

Pismem z dnia 3 grudnia 2009 r. do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum:

- 1) Telekomunikacja Polska S.A. - lider konsorcjum
- 2) Asseco Systems S.A. ul. 17 Stycznia 74,02-146 Warszawa
- 3) Auditel Ingenieria y Servicios S.L. Ada. Dei Partenon 10 28042 Madrid
- 4) Abantia Polska Spółka z o. o. ul. Wały Piastowskie 1, 80-958 Gdańsk

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w Odwołaniu:

1. Zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Madrycie.

W dniu 5 października 2009 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia dokumentu wystawionego w kraju, w którym siedzibę ma Wykonawca -Auditel Ingenieria y Servicios S.L. potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Madrycie), wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że załączone do wniosku zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Madrycie, potwierdzające, że w rejestrze handlowym w odniesieniu do spółki nie dokonano wpisu dotyczącego zamknięcia, bankructwa, zawieszenia płatności lub rozwiązania, zostało wystawione w dniu 2 lutego 2007 r., zatem wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków. Zamawiający

stwierdził również, że skoro Wykonawca dołączył do wniosku dokument wystawiony przez właściwy organ potwierdzający, że nie otwarto likwidacji wykonawcy ani nie ogłoszono upadłości, spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie nie może spełniać załączone do wniosku oświadczenie złożone przed notariuszem w dniu 17 września 2009 r.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów we wskazanym wyżej zakresie stanowi wynik nieporozumienia. Istotnie do wniosku dołączono zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Madrycie, jednak zaświadczenie to nie dotyczyło okoliczności wskazanych w wezwaniu, lecz poświadczало dokonanie wpisu nr 711, do Rejestru Handlowego w Tomie 23.099, Księga:O Foliał 114. Nie ma przy tym znaczenia, że zaświadczenie o wpisie zmian do Rejestru Handlowego zawiera informacje, które odnoszą się do kwestii likwidacji czy upadłości spółki. W związku z tym dokumentem, który potwierdza spełnienie okoliczności, że wobec spółki nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono jej upadłości jest oświadczenie złożone przed notariuszem, które zostało dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału postępowaniu. Fakt, że oświadczenie takie jest dokumentem wystarczającym, potwierdza informacja zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych oraz Komisji Europejskiej, określająca "Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane" Źródło: <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-unii-europejskiej/przydatne-informacje/certvtikacjal>, http://ec.europa.eu/internal_markeVpublicprocurementV2004_18/

Należy podkreślić, że ww. wykaz dokumentów, ustalony przez Komisję Europejską, jest wyrazem spełnienia obowiązku nałożonego na państwa członkowskie przez art. 45 ust. 4 dyrektywy 2004/181WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., seria L 134/114), zwanej dalej "dyrektywą", zgodnie z którym państwa członkowskie wyznaczają organy i instytucje właściwe do wydawania dokumentów, zaświadczeń lub oświadczeń, o których mowa w ust. 3 i niezwłocznie powiadamiają o tym Komisję (treść art. 45 ust. 3 omówiona w następnym punkcie). Tak więc wykaz taki, chociaż nie jest prawem powszechnie obowiązującym, stanowi informację z państw członkowskich UE na temat dokumentów jakie wystawiane są przez organy państw członkowskich, ewentualnie w jakim zakresie wystarczające jest złożenie oświadczenia przed notariuszem. W drodze analogii należy sięgnąć do informacji w sprawie dokumentów wystawianych przez właściwe organy w Polsce -zakres tych dokumentów, określony w powyższym wykazie na stronie Komisji Europejskiej (i UZP), jest tożsamy z zakresem dokumentów określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Tak więc byłoby niedopuszczalne, aby pomimo określenia rodzajów dokumentów przez RP oraz opublikowania tej informacji przez Komisję Europejską, zamawiający z Hiszpanii domagał się od wykonawcy np. zaświadczenia, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zaświadczenie takie nie jest bowiem wymienione w ww. wykazie, a w tym zakresie wystarczający jest odpis z KRS. Oczywiście nie można wykluczyć, że polski sąd wyda zaświadczenie tej treści, jednak nie jest to zaświadczenie wydawane standardowo przez wydziały rejestrowe w polskich sądach.

Odnosząc powyższe uwagi do zaistniałego stanu faktycznego, trzeba stwierdzić, że istotnie Przystępujący uzyskał zaświadczenie z dnia 7 października 2009 r. z Rejestru Handlowego w Hiszpanii, że wobec spółki nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono jej upadłości. Należy tutaj podkreślić, że nie jest to zaświadczenie wystawiane w Hiszpanii standardowo, a niniejsze zostało wystawione na wyraźną prośbę wykonawcy, który musiał określić wprost treść zaświadczenia. Nie można tym samym z wyjątku czynić reguły potwierdzającej, że zaświadczenia tego rodzaju są wydawane standardowo przez Rejestr Handlowy w Madrycie. Ponadto nie ulega wątpliwości, że treść zaświadczenia wystawionego przez Rejestr Handlowy w Madrycie 7 października 2009 r. podlega wykładni. Dokonując wykładni dokumentu, sens jej postanowień należy ustalać przede wszystkim posługując się językowymi regułami znaczeniowymi, a także z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Tak więc w punkcie 1 zaświadczenia stwierdza się, że we wpisie nr 1 na karcie M-413.939, na podstawie odpisu aktu notarialnego z dnia 24 sierpnia 2006 r., dokonano zgłoszenia spółki "Tenzing instalaciones y servicios S.L.", która obecnie nosi nazwę "Auditel Ingenieriya y Servicios S.L." Następnie w pkt 2 zaświadczenia stwierdza się, że "z wpisów znajdujących się na wyżej wspomnianej karcie nie wynika, aby Spółka ta została postawiona w stan upadłości, uległa rozwiązaniu bądź likwidacji, w związku z czym wpis jest obowiązujący i ważny, a Spółka nie została wykreślona z rejestru". Treść powyższego zaświadczenia jednoznacznie wykazuje, że wpis dokonany 24 sierpnia 2006 r., pozostaje nadal aktualny i nie dokonano okresie od dnia jego dokonania do dnia wystawienia zaświadczenia żadnych wpisów, które mogłyby ten stan zmienić. Zaświadczenie odnosi się więc nie do konkretnie wskazanej daty, lecz do pewnego continuum czasowego trwające ponad 2 lata. Tak więc przedstawione zaświadczenie, ponad wszelką wątpliwość potwierdza, że wobec spółki nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono jej upadłości, zarówno na dzień złożenia wniosku, jak również na dzień wystawienia zaświadczenia.

2. Informacja z KRK dotycząca członków zarządu Abantia Polska Sp. z o.o.

1) Przedkładając zaświadczenie o niekaralności członków zarządu spółki Abantia wystawione przez właściwy organ w Hiszpanii, Przystępujący uczynił zadość treści art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy. Zgodnie z art. 45 ust. 1 dyrektywy, z udziału w zamówieniu wyklucza się każdego wykonawcę, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się, co najmniej jednego ze wskazanych tym ustępie czynów. Dalej w myśl art. 45ust.2 lit.c) z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową.

Dalej, zgodnie z art. 45 ust. 3 dyrektywy instytucje zamawiające, jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosują się żaden z przypadków wymienionych w ust. 1 lub 2 lit a), b), c) przyjmują wyciąg z rejestru sądowego, a przypadku jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa. Dyrektywa, w odniesieniu do osób wchodzących w skład organów zarządzających osób prawnych, przewiduje potwierdzanie niekaralności w kraju pochodzenia lub zamieszkania tej osoby. W tym zakresie zachodzi, więc wyraźna sprzeczność pomiędzy postanowieniami dyrektywy, a treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. powyższego sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, powyższego jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), zwanego dalej "rozporządzeniem w sprawie dokumentów". Rozporządzenie w sprawie dokumentów przewiduje potwierdzanie niekaralności w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp nie według miejsca zamieszkania czy pochodzenia członków organów zarządzających, a według miejsca siedziby osoby prawnej. W tym zakresie doszło więc do nieprawidłowej transpozycji przepisów dyrektywy do polskiego porządku prawnego.

W sprawie o sygnaturze C -236/92 Comitato di Coordinamento per la Difesa Delia Cava v Regione Lombardia, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że "jeśli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo. Z kolei w orzeczeniu C -148/78 Publico Ministerio v Ratti ETS orzekł, iż Państwo członkowskie nie może oskarżać za czynność bezprawną wg własnego prawa, jeśli charakter czynności, został zmieniony na skutek dyrektywy, która weszła w życie przed dokonaniem czynności, a prawo wewnętrzne nie zostało zmienione w duchu dyrektywy. W takiej sytuacji prawo do skutecznej obrony przysługuje na podstawie samej dyrektywy. W następnym orzeczeniu (nr C -71/92, Komisja Europejska przeciw Hiszpanii) Trybunał podniósł, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia,

do ustawodawstwa krajowego "tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym". Za "jednostkę" należy przy tym zgodnie z zasadą równego traktowania uznać zarówno osobę prawną jak i fizyczną lub podmiot nie posiadający osobowości prawnej. Ponadto w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana wyraźnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego. Jednostka opierając się na dyrektywie może dochodzić swych praw przed sądami krajowymi. (C -103/88 Fratelli Constanzo SpA v Comune Milano).

Reasumując, wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania, z tego tylko powodu, że zastosował się do treści dyrektywy, która nie została prawidłowo transponowana do porządku prawnego RP. Przyjęcie konkluzji przeciwnej oznaczałoby, że państwa członkowskie mogą stanowić przepisy (i to w randze rozporządzenia), sprzeczne z dyrektywami, a następnie wywodzić negatywne skutki w sferze praw i obowiązków jednostki, w przypadku zastosowania się do dyspozycji dyrektyw.

2) W proteście podniesiono, że od chwili złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do dnia jego uzupełniania może dojść, np. do zatarcia skazania, co skutkuje tym, że w chwili składania wniosku wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania. Należy jednak pamiętać, że wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu nie tylko w dniu złożenia wniosku, ale stan ten powinien utrzymywać się aż do dnia zawarcia umowy. Odwracając zaprezentowaną w proteście sytuację, wykonawca może złożyć zaświadczenie wystawione np. trzy miesiące przed terminem składania wniosków, po czym mogą zajść okoliczności skutkujące jego wykluczeniem (np. skazanie). W takiej sytuacji istotne znaczenie ma oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz konsekwencje, jakie wiąże ustawa Pzp ze złożeniem oświadczenia nie odpowiadającego prawdzie. Trzeba jednak podkreślić, że w stosunku do członków zarządu Abantia Polska Sp. z o.o., będących obywatelami Hiszpanii, nie mogło dojść do sytuacji opisanej w proteście. Spółka została wpisana do rejestru przedsiębiorców w dniu 24 października 2008 r., co oznacza, że nie jest możliwa, z punktu widzenia prawa polskiego oraz zasad logiki, sytuacja, w której członkowie zarządu zostaliby skazani wyrokiem sądu polskiego, po czym doszłoby do zatarcia skazania pomiędzy dniem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a dniem, w którym wystawiona została informacja z KRK. Sekwencja czasowa powyższych zdarzeń, zestawiona z treścią przepisów Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego wykonawczego wyklucza taką możliwość.

3) Należy odwołać się również do istoty uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie dokumentów nie dotyczy tylko i wyłącznie dokumentów, które

wykonawca posiada, a których nie załączył do wniosku (oferty), lecz również dokumentów, których wykonawca nie posiada w chwili składania wniosku (oferty). Na dokumenty, które mogą zostać w ten sposób uzupełnione zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 22 maja 2009 r. (KIO/UZP 610/09): "Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego, że wskazany organ podatkowy i ZUS nie wydają zaświadczeń według stanu na dzień podany przez wnioskodawcę. Zaświadczenia ZUS wydawane są w trybie Kpa -art. 217 i 218, natomiast zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego w trybie art. 306a i następnym Ordynacji podatkowej. W Ordynacji podatkowej określono, że zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, ale także, że zaświadczenie wydaje się w granicach żądania wnioskodawcy (art. 306a § 3 i 4). W toku postępowania odwoławczego, Odwołujący jednoznacznie potwierdził, że składając wnioski o wydanie zaświadczeń, nie zwrócił się z żądaniem wydania zaświadczeń według stanu na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do czego zobowiązał go Zamawiający. '~

Trzeba jednak pamiętać, że nie w każdym przypadku dokument może zostać uzupełniony w taki sposób, aby potwierdzał on stan prawny i faktyczny na dzień składania wniosku (oferty). Taka sytuacja nie zachodzi w odniesieniu do informacji z KRK. Jak wynika z załączonego pisma z Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego, nie było możliwe uzyskanie zaświadczenia o niekaralności według stanu na dzień 25 września 2009 r., na skutek wystąpienia z wnioskiem po tej dacie. Oznacza to, że z przyczyn faktycznych i prawnych, wykonawca nie jest w stanie uczynić zadość obowiązkowi uzupełnienia dokumentu z KRK, który potwierdzałby stan prawny na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Prawdliwość i słuszność powyższego twierdzenia potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 r., sygn. KIO/UZP 901/09; KIO/UZP 905/09, w którym Izba oddaliła zarzuty odwołujących się dotyczące wadliwości uzupełnionych przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego z uwagi na termin ich wystawienia. Oddalając odwołania Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż bieżąca aktualizacja danych w KRK nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy na dzień składania ofert wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający przesądził, iż w praktyce nie ma możliwości, aby brak w postaci niezłączenia informacji z KRK mógł zostać uzupełniony przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak zakładając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby jego intencją było zawężenie katalogu dokumentów, których dyspozycja powołanego przepisu dotyczy, uczyniłby to wprost poprzez wskazanie, iż te informacje podlegają wyłączeniu. Skoro ustawodawca takiego wyjątku nie wprowadził, należy uznać, że także informacje z KRK mogą być skutecznie dostarczone Zamawiającemu na jego wezwanie w terminie dodatkowym, a tym samym Zamawiający jest zobligowany

uznać za wystarczające takie informacje, jakie są możliwe do wydania przez Krajowy Rejestr Karny w oparciu o przepisy, na podstawie których Rejestr ten funkcjonuje.

4) Dalej należy wskazać, że w myśl art. 18 § 2 Kodeksu spółek handlowych, nie może być członkiem zarządu spółki handlowej osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone m.in. w przepisach XXXIII-XXXVII Kodeksu karnego.

3. Uwaga wspólna odnosząca się do wszystkich uzupełnionych dokumentów

Na wstępie należy stwierdzić, że uzupełnione zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Madrycie i informacje z KRK uczyniły zadość treści wezwania do uzupełnienia dokumentów przesłanego przez Zamawiającego w dniu 5 października 2009 r. Zamawiający żądał uzupełnienia dokumentów "wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu". Przedłożone wskutek uzupełnienia dokumenty wystawione były później aniżeli 6 miesięcy przed datą złożenia wniosku. Brak zawarcia w wezwaniu informacji o tym, że uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie może obciążać wykonawcę. Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny oraz orzecznictwa arbitrażowego, wezwanie do uzupełnienia dokumentu powinno być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział, jaki dokument ma uzupełnić oraz jaką treść taki dokument powinien zawierać.

Do przystąpienia załączono pismo Ministerstwa Sprawiedliwości Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego; 00-454 Warszawa, ul. Czerniakowska 100 L. dz. B-KRK-I-714/3355/09 Abantia Polska Spółka z o.o. ul. Wały Piastowskie 1 80-479 Gdańsk.

W odpowiedzi na Pani pismo z dnia 29.10.2009r. Biuro Informacyjne Krajowego Rejestru Karnego uprzejmie informuje, iż nie jest możliwe wydanie zaświadczenia o niekaralności według stanu na dzień 25.09.2009r.

Informacje podlegające gromadzeniu w Rejestrze są nieustannie aktualizowane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 24.05.2000r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2008r. Nr 50 poz. 292 z późno zm.) oraz regulacjami Kodeksu karnego, m.in. dotyczącymi zatarcia skazania.

Zgodnie z powyższym informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego udzielana jest zgodnie ze stanem prawnym na konkretny dzień.

Pismem z dnia 04.12.2009r. Przystępujący: Konsorcjum w składzie:

Qumak -Sekom S.A. Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa;

oraz Sony Poland Sp. z o.o. ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa

zgłosiło przystąpienie po stronie Odwołującego.

Przystępujący wskazuje, że posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania i rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Odwołującego jako, że uwzględnienie protestu w całości zwiększy szanse Oferenta na uzyskanie przedmiotowego Zamówienia oraz pozwoli na zawarcie ważnej Umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Oferent żąda uwzględnienia protestu w całości.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu powtórzył i podtrzymał wszystkie zarzuty zawarte w proteście. Przystępujący zgadza się z twierdzeniami Konsorcjum Alpine, wskazując ponadto, iż w odniesieniu do zarzutu przeciwko Konsorcjum Mega/Lauda/Signal oraz Konsorcjum TP/Asseco/AuditellAbantia dotyczącego informacji z Krajowego Rejestru Karnego złożonego z datą po terminie składania ofert na podkreślenie zasługuje fakt, iż "Jeżeli zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego zostało wystawione po dniu otwarcia ofert (wniosków) Zamawiający na jego podstawie nie może jednoznacznie stwierdzić spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków). Data wystawienia tego zaświadczenia nie miałaby znaczenia (mogłaby być datą po dacie składania wniosków) tylko wówczas, gdyby z treści dokumentu wyraźnie wynikało, że Odwołujący nie figurował w rejestrze na dzień składania wniosków." (Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2009r.; KIO/uZP 744/09). Ponadto, jeśli chodzi o wykonawców których Zarząd pochodzi spoza Polski i z tegoż właśnie kraju należy uzyskać informację o niekaralności, co ma zastosowanie w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej członków Zarządu Abantia Sp. z o.o. "Przesłanki wykluczenia z postępowania należy badać w oparciu o przepisy p.z.p., bowiem wszyscy wykonawcy niezależnie od kraju pochodzenia podlegają rygorom pzp., jeśli ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego." (Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2009r.; KIO/UZP 621/09; KIO/UZP 622/09)

Przystępujący do postępowania stoi na stanowisku, iż w analizowanej sprawie Zamawiający nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny wniosków o udział w postępowaniu naruszając tym samym fundamentalną zasadę Prawa zamówień publicznych dot. przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji wymieniona w art. 7 Pzp.

Mając na względzie okoliczności przedstawione w niniejszym piśmie Przystępujący wnosi o uwzględnienie odwołania Konsorcjum Alpine w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

1. Co do zarzutu nr 1 zgłoszonego pod adresem Konsorcjum Telekomunikacja/ASSECO/AUDITEL/Abantia, że w odpowiedzi na pismo z dnia 5.10.2009 r. BIEG/BAI344/1012009/JM złożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 6 października 2009 r. dotyczącą członków zarządu Abantia Sp. z o.o.: Jose Vincente Peidro Pla, Marc Bertan Feixas, Jose Pablo Ruiz Vazquez oraz informację z Rejestru Handlowego w Madrycie z dnia 7 października 2009 r. potwierdzającą, że spółka AuditelIngenieria y Servicios SL nie została postawiona w stan upadłości. W ocenie Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu (określonego w sekcji III.2.1) ogłoszenia TED 2009/5 163-2364071 w dniu złożenia wniosków tzn. na 25 września 2009 r. Skład orzekający Izby nie podzielił argumentacji Odwołującego. Bowiem w ocenie Izby prawidłową i przekonującą argumentację przedstawił Przystępujący T.P.S.A. zgodnie z którą pomimo, że do wniosku dołączono zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Madrycie, jednak zaświadczenie to nie dotyczyło okoliczności wskazanych w wezwaniu, lecz poświadczало dokonanie wpisu nr 711, do Rejestru Handlowego w Tomie 23.099, Księga:O Foliał 114. Nie ma przy tym znaczenia, że zaświadczenie o wpisie zmian do Rejestru Handlowego zawiera informacje, które odnoszą się do kwestii likwidacji czy upadłości spółki. W związku z tym dokumentem, który potwierdza spełnienie okoliczności, że wobec spółki nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono jej upadłości jest oświadczenie złożone przed notariuszem, które zostało dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału postępowaniu. Fakt, że oświadczenie takie jest dokumentem wystarczającym, potwierdza informacja zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych oraz Komisji Europejskiej, określająca "Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane" Źródło: <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-unii-europejskiej/przydatne-informacje/certvtikacjal>, http://ec.europa.eu/internal_markeVpublicprocurementV2004_18/ Należy podkreślić, że ww. wykaz dokumentów, ustalony przez Komisję Europejską, jest wyrazem spełnienia obowiązku nałożonego na państwa członkowskie przez art. 45 ust. 4 dyrektywy 2004/181WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., seria L 134/114), zwanej dalej "dyrektywą", zgodnie z którym państwa członkowskie wyznaczają organy i instytucje właściwe do wydawania dokumentów, zaświadczeń lub oświadczeń, o których mowa w ust. 3, i niezwłocznie powiadamiają o tym Komisję. Tak więc wykaz taki, chociaż nie jest prawem powszechnie obowiązującym, stanowi informację z państw członkowskich UE na temat dokumentów jakie wystawiane są przez organy państw członkowskich, ewentualnie w jakim

zakresie wystarczające jest złożenie oświadczenia przed notariuszem. W drodze analogii należy sięgnąć do informacji w sprawie dokumentów wystawianych przez właściwe organy w Polsce -zakres tych dokumentów, określony w powyższym wykazie na stronie Komisji Europejskiej (oraz UZP), jest tożsamy z zakresem dokumentów 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Tak więc byłoby niedopuszczalne, aby pomimo określenia rodzajów dokumentów przez RP, oraz opublikowania tej informacji przez Komisję Europejską, zamawiający z Hiszpanii domagał się od wykonawcy np. zaświadczenia, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zaświadczenie takie nie jest bowiem wymienione w ww. wykazie, a w tym zakresie wystarczający jest odpis z KRS. Oczywiście nie można wykluczyć, że polski sąd wyda zaświadczenie tej treści, jednak nie jest to zaświadczenie wydawane standardowo przez wydziały rejestrowe w polskich sądach.

Ponadto nie ulega wątpliwości, że treść zaświadczenia wystawionego przez Rejestr Handlowy w Madrycie 7 października 2009 r. podlega wykładni. Dokonując wykładni dokumentu, sens jej postanowień należy ustalać przede wszystkim posługując się językowymi regułami znaczeniowymi, a także z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Tak więc w punkcie 1 zaświadczenia stwierdza się, że we wpisie nr 1 na karcie M-413.939, na podstawie odpisu aktu notarialnego z dnia 24 sierpnia 2006 r., dokonano zgłoszenia spółki "Tenzing instalaciones y servicios S.L.", która obecnie nosi nazwę "Auditel Ingenieria y Servicios S.L." Następnie w pkt 2 zaświadczenia stwierdza się, że "z wpisów znajdujących się na wyżej wspomnianej karcie nie wynika, aby Spółka ta została postawiona w stan upadłości, uległa rozwiązaniu bądź likwidacji, w związku z czym wpis jest obowiązujący i ważny, a Spółka nie została wykreślona z rejestru". Treść powyższego zaświadczenia jednoznacznie wykazuje, że wpis dokonany 24 sierpnia 2006 r., pozostaje nadal aktualny i nie dokonano w okresie od dnia jego dokonania do dnia wystawienia zaświadczenia żadnych wpisów, które mogłyby ten stan zmienić. Zaświadczenie odnosi się więc nie do konkretnie wskazanej daty, lecz do pewnego continuum czasowego trwające ponad 2 lata. Tak więc przedstawione zaświadczenie, ponad wszelką wątpliwość potwierdza, że wobec spółki nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono jej upadłości, zarówno na dzień złożenia wniosku, jak również na dzień wystawienia zaświadczenia. W związku z powyższym zarzut, że nie wykazano, iż spółka AuditelIngenieria y Servicios SL nie została postawiona w stan upadłości, nie został przez Izbę uwzględniony.

2. Informacja z KRK dotycząca członków zarządu Abantia Polska Sp. z o.o.

1) Przedkładając zaświadczenie o niekaralności członków zarządu spółki Abantia wystawione przez właściwy organ w Hiszpanii, Przystępujący uczynił zadość treści art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy. Zgodnie z art. 45 ust. 1 dyrektywy, z udziału w zamówieniu wyklucza się każdego wykonawcę, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się, co najmniej jednego ze wskazanych tym ustępie czynów. Dalej w myśl art. 45ust.2 lit.c) z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową.

Dalej, zgodnie z art. 45 ust. 3 dyrektywy instytucje zamawiające, jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosują się żaden z przypadków wymienionych w ust. 1 lub 2 lit a), b), c) przyjmują wyciąg z rejestru sądowego, a przypadku jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa. Dyrektywa, w odniesieniu do osób wchodzących w skład organów zarządzających osób prawnych, przewiduje potwierdzanie niekaralności w kraju pochodzenia lub zamieszkania tej osoby.

Na dowód, iż w razie rozbieżnych regulacji prawnych pomiędzy prawem krajowym, a dyrektywą, obowiązuje dyrektywa Przystępujący T.P. S.A. wskazał na następujące wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

W sprawie o sygnaturze C -236/92 Comitato di Coordinamento per la Difesa Delia Cava v Regione Lombardia, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że "jeśli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo. Z kolei w orzeczeniu C -148/78 Pubbico Ministerio v Ratti ETS orzekł, iż Państwo członkowskie nie może oskarżać za czynność bezprawną wg własnego prawa, jeśli charakter czynności, został zmieniony na skutek dyrektywy, która weszła w życie przed dokonaniem czynności, a prawo wewnętrzne nie zostało zmienione w duchu dyrektywy. W takiej sytuacji prawo do skutecznej obrony przysługuje na podstawie samej dyrektywy. W następnym orzeczeniu (nr C -71/92, Komisja Europejska przeciw Hiszpanii) Trybunał podniósł, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia, do ustawodawstwa krajowego "tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym". Za "jednostkę" należy przy tym zgodnie z zasadą równego traktowania uznać zarówno osobę prawną jak i fizyczną lub podmiot nie posiadający osobowości prawnej. Ponadto w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana wyraźnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych wówczas wywiera skutek

bezpośredni nawet, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego. Jednostka opierając się na dyrektywie może dochodzić swych praw przed sądami krajowymi. (C -103/88 Fratelli Constanzo SpA v Comune Milano).

Reasumując, wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania, z tego tylko powodu, że zastosował się do treści dyrektywy. Trzeba jednak podkreślić, że w stosunku do członków zarządu Abantia Polska Sp. z o.o., będących obywatelami Hiszpanii, nie mogło dojść do sytuacji opisanej w proteście. Spółka została wpisana do rejestru przedsiębiorców w dniu 24 października 2008 r., co oznacza, że nie jest możliwa, z punktu widzenia prawa polskiego oraz zasad logiki, sytuacja, w której członkowie zarządu zostaliby skazani wyrokiem sądu polskiego, po czym doszłoby do zatarcia skazania pomiędzy dniem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a dniem, w którym wystawiona została informacja z KRK. Sekwencja czasowa powyższych zdarzeń, zestawiona z treścią przepisów Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego wykonawczego wyklucza taką możliwość. W związku z tym jako pomocniczy argument przemawiający za słusnością argumentacji T.P. S.A. można wskazać, że nawet gdyby przyjąć, iż członkowie zarządu Abantia mieliby wykazać niekaralność na podstawie KRK to na podstawie zaświadczeń przedłożonych na wezwanie Zamawiającego można wykazać, iż nie mogli figurować w KRK na dzień złożenia wniosku (25.09.2009r

Nie można zgodzić się z argumentacją T.P.S.A. co do tego, że niemożność przedłożenia KRK na dzień składania wniosku, świadczyłaby o braku racjonalności ustawodawcy. Przepis art.26 ust.3 ustawy pomimo kolejnych jego nowelizacji, jest jednoznaczny w swej treści, tak że interpretacja Przystępującej naruszałaby zasadę równości wykonawców posługujących się dla wykazania niekaralności Krajowym Rejestrem Karnym. W ocenie Izby sędziów pełnomocnik Odwołującego na odparcie tej argumentacji T.P. S.A. przywołał uzasadnienie do poprawki nr 5 Sejmowego Druku nr 836 zgodnie z którym (...) „Realizacja tej zasady jest warunkiem zapewnienia uczciwej konkurencji na rynku. Niezłożenie jakiegoś dokumentu przez wykonawcę nie może bowiem oznaczać dla niego korzyści, polegającej na przyznaniu mu dodatkowego czasu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.(...) W ocenie Izby nie można zgodzić się z stanowiskiem T.P. S.A., iż skoro zgodnie z k.s.h. członkiem zarządu spółki handlowej nie może być osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem to oznacza, iż członkowie zarządu nie są osobami skazanymi. Niemniej zarzut Odwołującego wobec członka Konsorcjum T.P.S.A. (spółki Abantia) w zakresie braku wykazania niekaralności członków zarządu nie został uwzględniony.

2. co do zarzutu nr 2, że Konsorcjum Honeywell w odpowiedzi na pismo z dnia 5.10.2009 r. BIEG/BA/347/10120091JM złożyło informację z dnia 12 października 2009 r. z banku Deutsche Bank Polska S.A., w którym Honeywell Sp. z o.o. posiada rachunek

potwierdzający, że na dzień 9 października 2009 r. na rachunkach firmy zostały zdeponowane odpowiednie środki finansowe. Ww. dokument nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonego w sekcji III.2.2) ogłoszenia TED 2009/5163-2364071 w dniu złożenia wniosków, tzn. na 25 września 2009 r. Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego, ponieważ co przyznał na rozprawie sam Zamawiający, że wezwanie było bezprzedmiotowe, ponieważ Konsorcjum spełniało wymóg warunku finansowego na dzień złożenia wniosku co potwierdza opinia bankowa złożona do wniosku w zakresie dysponowania środkami finansowymi w łącznej kwocie 25 milionów złotych.

W tym stanie rzeczy zarzut nie został uwzględniony.

3. co do zarzutu nr 3

Konsorcjum Mega/Lauda/Signal, w odpowiedzi na pismo z dnia 5.10.2009 r. BIEG/BAI351/10/2009/JM złożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 7 października 2009 r. dotyczącą członka zarządu Mega Music Sp. z o.o.: o Pani Grażynie Żurowskiej –Adamowicz oraz złożyło zaświadczenie z dnia 10 października 2009 r. o nie zaleganiu w podatkach, wystawione dla Mega Music Sp. z o.o. Dokumenty powyżej wymienione, w ocenie Odwołującego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonego w sekcji III.2.2) ogłoszenia TED 2009/5163-2364071 w dniu złożenia wniosków tzn. na 25 września 2009 r.

Izba uwzględniła zarzut Odwołującego, iż Konsorcjum Mega/Lauda/Signal złożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 7 października 2009 r. dotyczącą członka zarządu Mega Music Sp. z o.o.: Pani Grażyny Żurowskiej –Adamowicz, w sytuacji gdy wnioski składane były w dniu 25 września 2009r., wbrew treści art. 26 ust.3 ustawy, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art.24 ust.3 ustawy.

Z kolei na rozprawie pełnomocnik Odwołującego cofnął wniosek co do zaświadczenie z dnia 10 października 2009 r. o nie zaleganiu w podatkach.

W tym stanie rzeczy odwołanie Konsorcjum wykonawców: Alpine z racji uwzględnienia zarzutu wobec Konsorcjum Mega/Lauda/Signal zostało uwzględnione.

W połączonych sprawach o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy zasądzając uzasadnione koszty wpisu i wynagrodzenia pełnomocników jak w sentencji Wyroku.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....