

Sygn. akt: KIO/UZP 99/09

WYROK
z dnia 5 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu rozprawie w dniu 03.02.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: SAFEGE S.A., SYSTRA S.A., 00-410 Warszawa, ul. Solec 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Zamówień Publicznych, 03-732 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia 31.12.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Zakład Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13, Deutsche Bahn International GmbH, Bornizstr. 73-75, 10365 Berlin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nakazuje powtórzenie czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Zamówień Publicznych, 03-732 Warszawa, ul. Targowa 74** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: SAFEGE S.A., SYSTRA S.A., 00-410 Warszawa, ul. Solec 22,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8.174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Zamówień Publicznych, 03-732 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Konsorcjum: SAFEGE S.A., SYSTRA S.A., 00-410 Warszawa, ul. Solec 22,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: SAFEGE S.A., SYSTRA S.A., 00-410 Warszawa, ul. Solec 22.**

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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E 65 na odcinku od km 131,100 do km 184,800 (obszar LCS Działdowo) w ramach projektu FS 2005/PL/16/C/PT/001 „Modernizacja linii kolejowej E 65, odcinek Warszawa – Gdynia, etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.05.2008 pod numerem.2008/S 105-141035.

W dniu 22.12.2008 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Budownictwa Mostowego Inwestor - Zastępczy Sp. z o o. z siedzibą w Warszawie oraz Deutsche Bahn International GmbH z siedzibą w Berlinie (Konsorcjum ZBM). Jako drugą w kolejności Zamawiający ocenił ofertę złożoną przez Safege S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Nanterre oraz Systra S.A. z siedzibą w Paryżu (Konsorcjum Safege) - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z wynikiem postępowania nie zgodziło się Konsorcjum Safege i wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzedzone protestem.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione terminach ustawowych – protest w dniu 31.12.2008 roku, odwołanie w dniu 21.01.2009 r. (wpływ bezpośredni). Zachowany został wynikający z art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) warunek jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 Pzp - przez jego niezastosowanie i nie wykluczenie z postępowania Konsorcjum ZBM, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 8 Pzp - przez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum ZBM, a w ich wyniku naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych wart. 7 Pzp oraz naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący się wskazał, że:

1. Pan Marian G. wskazany przez Konsorcjum ZBM na stanowisko Koordynatora dostępu do torów nie spełnia wymagań określonych w pkt 8.3.1a) ppkt 5 siwz. Wykazane doświadczenie na stanowisku koordynatora ds. zamknięć torowych przy elektryfikacji linii 009 odcinek Nasielsk – Tczew nie mogło być nabyte w wymaganym przez Zamawiającego okresie 36 miesięcy podczas ostatnich 10 lat. W oparciu o informacje zamieszczone w portalu www.kolejowo.pl Odwołujący się podniósł, że powyższe informacje stanowią nieprawdę a z uwagi na ich wpływ na wynik postępowania powodują obowiązek wykluczenia Konsorcjum ZBM z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W ocenie Odwołującego się Zamawiający błędnie uznał za wystarczające piastowanie stanowiska Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji w Zakładzie Infrastruktury Kolejowej w Olsztynie, gdyż stanowisko to nie pozwalało na nabycie wymaganego doświadczenia dot. procedur wprowadzenia zamknięć torowych;
2. Osoby wskazane przez Konsorcjum ZBM na stanowisko Inżynierów Rezydentów nie spełniają warunków określonych w pkt 8.3.1.a) ppkt 7) siwz:
 - Pan Ryszard K. nie posiada doświadczenia w modernizacji linii kolejowej zgodnie z zasadami FIDIC, gdyż wskazana w wykazie modernizacja linii kolejowej E-20 nie może zostać uznana;
 - Pan Janusz G. - brak spełnienie wymagań Zamawiającego wynika z odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum ZBM w piśmie z dnia 28.11.2008r. – odpowiedzi na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Projekt podany w cv Pana Janusza G. nie stanowi „kontraktu kolejowego” nie można zatem uznać posiadania przez niego doświadczenia przy modernizacji linii kolejowej wg FIDIC. Odwołujący się

wskazał, że powyższe stanowi informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący się w oparciu o wyrok z dnia 23.04.2008 r. Sadu Okręgowego dla Warszawy Pragi wywiódł, że wskazanie w piśmie z dnia 28.11.2008 r. Pana Waldemara Andrzeja Z. stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty dokonaną po upływie terminu składania ofert, którego skutkiem winno być odrzucenie oferty Konsorcjum ZBM.

3. wskazanie dodatkowej osoby na stanowisko Inżyniera Rezydenta – Pana Ryszarda I. bez wskazania kogo zastępuje powoduje, iż Konsorcjum ZBM złożyło ofertę wariantową a wskazanie 3 zamiast 2 osób powoduje również niezgodność oferty z treścią siwz (zarzut został podniesiony w proteście i nie podtrzymany w odwołaniu);
4. Konsorcjum ZBM nie ustanowiło skutecznie pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 Pzp do reprezentowania go w postępowaniu. Treść pełnomocnictwa udzielonego przez DB International GmbH - ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. nie zawiera sformułowania, że upoważnia do działania w imieniu i na rzecz obu podmiotów występujących wspólnie, czego wymaga art. 23 ust. 2 Pzp. Z jednoznacznych sformułowań pełnomocnictwa wynika, że upoważnia ono jedynie do reprezentacji DB i brak ten nie może zostać skutecznie konwalidowany.
5. Konsorcjum ZBM nie wniosło wadium, gdyż z treści gwarancji wadialnej wynika, że zabezpiecza ono wyłącznie ofertę złożoną przez ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o.
6. Konsorcjum ZBM złożyło również nieprawidłowy dokument potwierdzający, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości DB. Odwołujący się zarzucił, że Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) przewiduje potwierdzenie tych okoliczności za pomocą oświadczenia złożonego przed notariuszem wyłącznie w sytuacji, gdy w kraju w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się takich dokumentów. Tymczasem w RFN dokument stwierdzający, iż nie otwarto postępowania upadłościowego, wydaje właściwy Sąd Upadłościowy. Zatem Konsorcjum ZBM winno być wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wskazując, że prawidłowe działanie Zamawiającego umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru ofert, nakazanie wykluczenia Konsorcjum ZBM oraz nakazanie odrzucenia jego oferty oraz o nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert.

Zamawiający oddalił protest dzień po upływie ustawowego terminu, w dniu 12.01.2008 r., tego dnia przekazując rozstrzygnięcie Odwołującemu się. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że:

1. oceniając doświadczenie Pana Mariana G. pominął doświadczenie przy elektryfikacji linii 009 odcinek Nasielsk – Tczew uznając za wystarczające doświadczenie nabyte na stanowisku Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji w Zakładzie Infrastruktury Kolejowej w Olsztynie oraz na stanowisku Zastępcy Dyrektora ds. Eksploatacji w Zakładzie Infrastruktury Kolejowej w Łławie;
2. pełnienie przez Pana Ryszarda K. funkcji Prezesa Zarządu PEBEK Sp. z o.o., która występowała jako partner w Konsorcjum „Polkor E-20 LOT S.A.” w przetargu na "Modernizację linii kolejowej E 20 na odcinku Siedlce-Terespol etap I LOT A" jest związane z realizacją robót budowlanych, Pan Ryszard K. wizytował budowę, zatem jego kandydatura spełnia wymagania siwz;
3. złożenie nowego wykazu osób spełniających wymagania określone w siwz nie stanowi zmiany treści oferty a realizację uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp. w związku z tym wskazanie nowej osoby na stanowisko Inżyniera Rezydenta nie narusza prawa;
4. nie nastąpiło wskazanie dodatkowej osoby na stanowisko Inżyniera Rezydenta, gdyż wyjaśnienia dotyczące Pana Ryszarda I. zostały złożone przez innego wykonawcę MGGP;
5. ocena pełnomocnictwa udzielonego DB International GmbH przez była prawidłowa, co potwierdza orzecznictwo KIO. Ponadto przy ocenie treści pełnomocnictwa zastosowanie znajdzie w związku z art. 14 Pzp art. 65 k.c.. Oświadczenie woli o udzieleniu pełnomocnictwa nie może być interpretowane w oderwaniu od rzeczywistej intencji stron;
6. gwarancja opiewająca wyłącznie na ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. stanowi prawidłowe wniesienie wadium. Z faktu wskazania w treści gwarancji numeru i nazwy postępowania, ubiegania się o zamówienia ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. wyłącznie jako członka konsorcjum wspólnie z DB International GmbH oraz orzeczenia KIO Zamawiający wywiódł, że gwarancja zabezpiecza ofertę złożoną przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jest prawidłowa pod względem formalnym i odpowiednio zabezpiecza jego interesy majątkowe;
7. ostatnia zmiana ustawy o spółkach ograniczona odpowiedzialnością opublikowana w dniu 28.10.2008r. wprowadziła obowiązek ujawniania ogłoszenia upadłości w rejestrze handlowym. Zatem brak wzmianki w odpisie z rejestru złożonego przez DB International GmbH o likwidacji lub upadłości zadośćuczynia wymaganiom rozporządzenia. Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach udzielonych przez DB

International GmbH w innym prowadzonym przez niego postępowaniu. Zatem wystąpienie w tej mierze w trybie art. 26 ust. 3 Pzp stanowiło wyraz „należytej staranności i profesjonalizmu” Zamawiającego. Zamawiający podniósł jednocześnie brak udowodnienia przez Odwołującego się, iż tak jak twierdzi zaświadczenie o nieogłoszeniu upadłości wydawane jest przez Sąd Upadłościowy.

Konsorcjum ZBM przystąpiło do postępowania odwoławczego zgłaszając uprzednio przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący powołując się na fakt wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, wskazując na prawidłowość działania Zamawiającego i przytaczając orzecznictwo KIO.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 187 ust. 4 Pzp Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i wysłuchaniu stanowisk pełnomocników Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 31.05.2008 r. zatem zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), w zakresie prawa materialnego właściwego do rozpatrzenia zarzutów, zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące do dnia 24.10.2008 roku.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po wybranej ofercie Konsorcjum ZBM. Potwierdzenie zarzutów da Odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie potwierdziły się wszystkie podnoszone zarzuty.

Zarzuty kierowane pod adresem Pana Mariana G., przewidzianego przez Konsorcjum ZBM na stanowisko Koordynatora dostępu do torów, nie znalazły potwierdzenia.

Stosowny warunek ustalony w pkt 8.3.1a) ppkt 5 siwz zobowiązywał do wykazania doświadczenia na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych, przez okres co najmniej 36 miesięcy w ciągu ostatnich 10 lat. Zamawiający nie uszczegółowił wymagań przez wskazanie stanowiska lub czynności pozwalających na uznanie spełnienia warunku (dowód: siwz str.5).

W okresie ostatnich dziesięciu lat (10 lat przed dniem wszczęcia postępowania) Pan G. pełnił funkcje Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji w Łławie (Zakład Infrastruktury w Olsztynie –

Sekcja Eksploatacji w Łławie) – od 02.2000 do 31.12.2007 r. oraz Zastępcy Dyrektora do Spraw Eksploatacji w Zakładzie Infrastruktury Kolejowej w Łławie w okresie 01.1998 – 01.2000 r. (dowód: str 19 oferty Konsorcjum ZBM) .

Bezsporne jest między stronami, że informacje dotyczące pełnienia funkcji Koordynatora ds. zamknięć torowych przy elektryfikacji linii 009 odcinek Nasielsk – Tczew wykazane w okresie 02.2000 – 31.12.2007 r., w związku z pełnieniem funkcji Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji w Łławie, są nieprawdziwe. Przyznało to również Konsorcjum ZBM w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na fakt ich omyłkowego zamieszczenia.

Powyższe nie skutkuje jednak koniecznością wykluczenia Konsorcjum ZBM z postępowania. Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Nieprawdziwe informacje dotyczące Pana Mariana G. nie miały wpływu na wynik postępowania, gdyż ich złożenie nie przesądziło o posiadaniu doświadczenia wymaganego w pkt 8.3.1.a) ppkt 5 siwz, pozostało bez wpływu również na wynik postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej.

Warunkowi określone w pkt 8.3.1.a) ppkt 5 siwz odpowiada doświadczenie nabyte przez Pana Mariana G. przy pełnieniu funkcji Zastępcy Dyrektora do spraw eksploatacji w Zakładzie Infrastruktury Kolejowej w Łławie (w okresie 06.1998 r. – 01.2000 r. – ograniczenie daty początkowej wynika z wymagań co do okresu, w którym ma być nabyte wymagane doświadczenie) oraz Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji w Łławie (Zakład Infrastruktury w Olsztynie – Sekcja Eksploatacji w Łławie) – od 02.2000 do 31.12.2007 r. Wykazane doświadczenie polegające na nadzorze nad zatwierdzaniem harmonogramów ruchu pociągów i zamknięć torowych przy remontach i modernizacjach, regulaminów prowadzenia ruchów pociągów i zamknięć torowych przy remontach i modernizacjach, udzielanie zgód na zamknięcia torowe, koordynacja zamknięć torowych oraz nadzór nad wprowadzeniem procedur oraz zamknięciami torowymi odpowiada literalnym postanowieniom siwz.

Odwołujący się nie kwestionował, iż przywołane czynności są wystarczające do uznania posiadania wymaganego doświadczenia, a jedynie fakt faktycznego wykonywania tych czynności przez Pana Mariana G. Jednak jeśli Odwołujący się twierdzi, że Pan Marian G. nie wykonywał wskazanych w wykazie czynności lub nie pełnił wskazanych funkcji, winien te twierdzenia poprzeć dowodem, czego nie uczynił (art.188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Skoro wystarczające dla uznania spełnienia warunku określonego w pkt 8.3.1. ppkt 5 siwz jest wskazane wyżej doświadczenie Pana Mariana G., to podanie nieprawdziwych informacji i jest nerelevantne w stosunku do normy art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Potwierdziły się zarzuty kierowane pod adresem Pana Ryszarda K. kandydata na stanowisko Inżyniera - Rezydenta.

W pkt 8.3.1.a). ppkt 7 siwz Zamawiający wymagał, posiadania przez każdą z dwóch osób wskazanych na to stanowisko, co najmniej 5 letniego doświadczenia związanego z realizacją robót budowlanych, w tym w realizacji przynajmniej jednego projektu dotyczącego modernizacji linii kolejowych zgodnie z zasadami FIDIC (dowód: str. 8 siwz).

Bezsporne jest między stronami posiadanie przez Pana Ryszarda K. wymaganego 5 letniego doświadczenia związanego z realizacją robót budowlanych, sporne jest posiadanie doświadczenia w realizacji przynajmniej jednego projektu dotyczącego modernizacji linii kolejowych zgodnie z zasadami FIDIC.

W spornym zakresie Konsorcjum ZBM wskazało, że Pan Ryszard K. pełniąc funkcję Prezesa Zarządu PEBEK Sp. z o. o z siedzibą w Radomiu zarządzał i sprawował nadzór nad realizacją kontraktu dotyczącego modernizacji linii kolejowej E20 odcinek Siedlce – Terespol - Siedlce - Łuków w ramach Projektu 2001/PL/16/P/PT/012 „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce - Terespol. Etap I” współfinansowanego przez UE na warunkach kontraktu FIDIC w okresie od dnia 28.04.2006 – do dnia 31.12.2007 r. (dowód: str. 21 oferty). Niekwestionowany jest zakres robót wykonywany przez PEBEK Sp. z o. o w ramach kontraktu, sporna jest okoliczność zarządzania i sprawowania nadzoru nad realizacją kontraktu przez Pana Ryszarda K.

Zamawiający w pkt 8.3.1. ppkt 7 siwz nie skonkretyzował swoich wymagań, co do treści warunku. Izba nie podzieliła zatem stanowiska Odwołującego się o możliwości wykazania doświadczenia wymaganego w przywołanym postanowieniu siwz wyłącznie przez bezpośrednich uczestników procesu budowlanego, którzy z mocy samych przepisów są zobowiązani do dokonywania wpisów w dokumentacji inwestycji. Twierdzenie odwołującego się nie znajduje oparcia w treści siwz, Izba odmówiła mocy dowodowej protokołom z narad koordynacyjnych przy realizacji spornej inwestycji (art. 188 ust. 6 Pzp).

Na rozprawie Odwołujący się przedłożył odpis uchwały Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników PEBEK Sp. z o.o. z dnia 26.05.2006 r. powołującej Pana Ryszarda K. w skład Rady Nadzorczej, z którego wynika również złożenie przez Pana Ryszarda K. rezygnacji z funkcji Prezesa Zarządu w dniu 25.05.2006 r. Stosowna zmiana w KRS została dokonana w dniu 3.07.2006 r. (dowód: uchwała z dnia 26.05.2008r., odpis pełny z KRS o numerze 0000021876 w aktach sprawy).

Zgodnie z art. 214 § 1 ksh członek zarządu, prokurent, likwidator, kierownik oddziału lub zakładu oraz zatrudniony w spółce główny księgowy, radca prawny lub adwokat nie może być jednocześnie członkiem rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej.

Przy ocenie doświadczenia Pana Ryszarda K. może być wzięty pod uwagę jedynie okres od 28.04.2006 roku (data zawarcia umowy modernizacji linii kolejowej E20 odcinek Siedlce – Terespol - Siedlce - Łuków dowód: kopia pierwszej strony umowy w aktach sprawy) do dnia 26.05.2006 r.

W tym okresie odbywały się jedynie prace wskazane w fazie A) Lp. 2 powstały: projekt koncepcyjny, mapa do celów projektowych, wnioski o decyzje lokalizacji inwestycji, raport o wpływie na środowisko, nie stanowiące robót budowlanych, co udowodnił Odwołujący się będący Inżynierem Kontraktu spornej inwestycji (dowód: harmonogram w aktach sprawy).

Zamawiający nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne. Nie może go stanowić, złożony przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odpis z KRS PEBEK Sp. z o.o., zawarte w nim dane są aktualne na dzień 21.07.2005r., nie obalają twierdzeń i dowodów Odwołującego się. Wymienione wyżej dowody oraz oświadczenie Pana Józefa W. – Inżyniera Projektu z dnia 28.01.2008 r. (w aktach sprawy), mimo, że stanowić może ono wyłącznie dowód z dokumentu prywatnego, potwierdzają zarzut Odwołującego się.

Podnieść też należy, że, co do zasady, z samego faktu piastowania funkcji w organie zarządzającym podmiotu gospodarczego, nie wynika posiadanie wymaganego w siwz doświadczenia w zakresie działalności przedsiębiorstwa podmiotu. Zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zgodnie z art. 201 § 1 ksh zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Przyjęcie poglądu, że racji pełnienia funkcji w zarządzie nabywa się doświadczenia we wszystkich dziedzinach działalności podmiotu jest błędne. Konieczne jest rozpatrywanie każdego przypadku indywidualnie, *ad casum*.

Pan Ryszard K. nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia a informacje opisujące jego doświadczenie złożone przez Konsorcjum ZBM były nieprawdziwe.

Potwierdziły się zarzuty kierowane pod adresem Pana Janusza G. – drugiego kandydata na stanowisko Inżyniera – Rezydenta wskazanego przez Konsorcjum ZBM.

W złożonym wykazie Konsorcjum ZBM oświadczyło, że Pan Janusz G. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru budowlanego przy realizacji trzech wiaduktów w Olsztynie nad liniami kolejowymi 353, 216, 220 (dowód: str. 22 oferty Konsorcjum ZBM).

Zamawiający pismem z dnia 6.10.2008r. wystąpił do p.o. Prezydenta miasta Olsztyna o potwierdzenie tej informacji celem zweryfikowania prawdziwości oświadczeń. Pismem z dnia 10.10.2008 r. Urząd Miasta Olsztyn odpowiedział, że Pan Janusz G. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru budowlanego przy projekcie, a jedynie prowadził kontrole inwestycji z ramienia Warmińsko - Mazurskiego Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Olsztynie (dowód: przywołane pisma w aktach sprawy).

Zamawiający pismem z dnia 19.11.2008r. wystąpił do ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. o wyjaśnienia w powyższej kwestii dodatkowo o uszczegółowienie czynności wchodzących w skład prezentowanego doświadczenia i wyjaśnienie, w jaki sposób zakres wykonywanych czynności na wymienionych projektach związany był z realizacją projektu prowadzonego zgodnie z zasadami FIDIC. Czynność Zamawiającego odpowiada dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp. Konsorcjum w odpowiedzi oświadczyło, że składając ofertę kierowało się „informacjami Pana Janusza G.” oraz, że spełnia wymagania Zamawiającego przez przedstawienie jako nowego kandydata na stanowisko Inżyniera - Rezydenta Pana Waldemara Andrzeja Z. Konsorcjum opisało doświadczenie kandydata oraz złożyło nowy wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie (dowód: przywołane pisma w aktach sprawy).

Wobec braku zaprzeczenia na rozprawie faktom wynikającym z dokumentów oraz niezłożenia dowodu na twierdzenie przeciwne, brak wymaganego doświadczenia Pana Janusza G. oraz podanie w wykazie przez Konsorcjum ZBM informacji nieprawdziwych należy uznać za bezsporne.

Nieprawdziwe informacje dotyczące Pana Ryszarda K. oraz Pana Janusza G. miały wpływ na wynik postępowania i winny przynieść skutek w postaci wykluczenia Konsorcjum ZBM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz uznania złożonej przez nie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Zamawiający w pkt 8.3.1.a) ppkt 7 siwz wymagał przedstawienia dwóch osób na stanowisko Inżyniera – Rezydenta a obie wskazane przez Konsorcjum ZBM osoby nie posiadają wymaganego doświadczenia. Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy weryfikacji dokumentów złożonych przez Konsorcjum ZBM, nawet w obliczu stanowiska Urzędu Miasta Olsztyn potwierdzającego złożenie informacji nieprawdziwych oraz zarzutów podniesionych w proteście.

Zaistnienie okoliczności w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp uniemożliwia uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zważyć należy, że ustawodawca formułując katalog przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia odrębnie sformułował art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje natomiast wykluczenie wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub, gdy złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp – sankcja wykluczenia ma zatem charakter warunkowy.

Wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych normy art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest wyrazem troski ustawodawcy nie tylko o słuszny interes zamawiających, a w szerszym aspekcie również interes publiczny, ale wskazuje też na potrzebę uczciwości w obrocie gospodarczym. *Ratio legis* art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy poświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić wyłącznie spośród wykonawców, którzy dają rzeczywistą gwarancję realizacji zamówienia z należytą starannością oraz spośród ofert odpowiadających wyrażonym w siwz oczekiwaniom Zamawiającego.

Przyjęcie poglądu, że stwierdzenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania skutkować winno zastosowaniem trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp, prowadziłoby do wniosku, że wykluczenie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nastąpić może wyłącznie w sytuacji, gdy w informacji złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego również są nieprawdziwe, zatem dopiero po dwukrotnym złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Pogląd taki nie znajduje oparcia w treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i stoi w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z literalnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że podanie nieprawdy w dokumentach nie może być uważane za błąd lub brak złożenia dokumentów.

Norma art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ma charakter imperatywny. Zamawiający nie może zaniechać zastosowania przywołanego przepisu, gdy wykonawca złoży oświadczenie, że nieprawdziwe informacje pochodziły od osoby, którą wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają, żadnej przesłanki ekskulpacyjnej, na którą w takiej sytuacji mógłby powołać się wykonawca wobec zamawiającego. Wykonawcy składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty wymagane przez Zamawiającego zawarte w nich informacje czynią treścią oświadczenia, które składają zamawiającemu w imieniu własnym. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp oświadczeń i dokumentów.

Konsorcjum ZBM winno przed złożeniem oferty poddać ocenie i weryfikacji informacje podawane przez wskazywane osoby, mając na uwadze skutek, w postaci wykluczenia z postępowania, jaki ustawa Prawo zamówień publicznych wiąże z uchybieniami w tym zakresie.

Sanowanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp jest, w okolicznościach sprawy, niedopuszczalne.

Wskazywane w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wyroki Izby z dnia 17.01.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/58/07 oraz z dnia

23.01.2008 r. 103/07 zapadły w innych okolicznościach faktycznych, w szczególności nie dotyczyły zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w kontekście stwierdzenia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego się, iż zmiana osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera – Rezydenta stanowiła niedopuszczalną zmianę treści oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia bowiem ofertę od dokumentów składanych wraz z ofertą, w szczególności potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Nawet przyjęcie poglądu, że ustawa Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciem „oferta” w znaczeniu szerokim, nie prowadzi, w okolicznościach sprawy, do konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum ZBM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Kandydatury na stanowisko Inżyniera - Rezydenta były przedstawiane na okoliczność dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 Pzp. Uchybienia w tym zakresie skutkują wykluczeniem wykonawcy, nie zaś odrzuceniem jego oferty (*vide* przykładowo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/883/08). Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący braku ustanowienia pełnomocnika reprezentującego Konsorcjum ZBM w postępowaniu.

Art. 23 ust. 2 Pzp nakazuje wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pkt 9.2.1.siwz odnoszący się do kwestii pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia powiela regulację ustawowa, nie wprowadzając innych wymagań lub uściśleń (dowód: str. 11 siwz).

Wraz z ofertą Konsorcjum ZBM złożyło pełnomocnictwo z dnia 25.08.2008 r., w którym osoby upoważnione do reprezentacji DB International GmbH zgodnie z odpisem z rejestru handlowego ustanawiają i powołują ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do „reprezentowania naszej spółki, występowania w imieniu spółki, negocjowania oraz podpisywania w imieniu spółki dokumentów dotyczących spraw związanych z przetargiem (...) w tym składania zobowiązań i oświadczeń woli” (dowód str. 7, 68 – 73 oferty Konsorcjum ZBM).

Zakres umocowania wynikający z treści pełnomocnictwa obejmuje reprezentację w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odpowiada minimalnemu wymaganiu, co do treści

pełnomocnictwa, wynikającemu z art. 23 ust.2 Pzp. Sporne jest, czy wobec braku wskazania w treści pełnomocnictwa, że dotyczy ono wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, został ustanowiony pełnomocnik, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp. Izba podtrzymuje pogląd wyrażony w wyroku z dnia 17.04.2008r. sygn akt KIO/UZP/300/08, że w przypadku, gdy o zamówienia publiczne ubiegają się dwaj wykonawcy występujący wspólnie dla uznania, że wykonawcy ustanowili pełnomocnika wystarczające jest, aby jeden z wykonawców udzielił pełnomocnictwa drugiemu z nich.

Nie przytaczając powtórnie całości wywodów prawnych zawartych w przywołanym orzeczeniu, jak również w wyroku Izby z dnia 8.04.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/263/08 podkreślić należy, że:

1) ani przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierające jedynie lapidarnie sformułowany art. 23 ust.2 Pzp, ani też przepisy kodeksu cywilnego dotyczące pełnomocnictwa (art. 98 i nast. k.c w zw. z art.14 Pzp) nie wymagają, dla ważności pełnomocnictwa udzielanego celem ustanowienia pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp, wskazania w treści oświadczenia woli mocodawcy, wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego lub wymienienia wszystkich członków konsorcjum.

2) do oceny treści pełnomocnictwa znajdzie zastosowania art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają z uwzględnieniem okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Okoliczność wspólnego ubiegania się o zamówienie przez ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o oraz DB International GmbH wynika ze złożonych w postępowaniu dokumentów oraz czynności podejmowanych w postępowaniu przez wykonawców. Wykonawcy ci złożyli wspólną ofertę, każdy z nich przedstawił dokumenty wg wymagań Zamawiającego, a w toku postępowania w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust. 3 i 4 Pzp obaj podjęli czynności zmierzające do zachowania ich praw w postępowaniu. Lider Konsorcjum przedstawił oświadczenie DB International GmbH oświadczenie złożone przez notariuszem w dniu 20.10.2008 r. wraz tłumaczeniem przysięgłym (dowód: załącznik do pisma z 28.11.2008 r. w aktach sprawy).

Zamawiający nie miał wątpliwości, ani do faktu ustanowienia pełnomocnika, ani do możliwości jego skutecznego działania w imieniu obu wykonawców, gdyż kierował do niego korespondencję i otrzymywał odpowiedzi.

Brak jest podstaw do uznania, że pełnomocnik nie został ustanowiony.

Skoro oferta Konsorcjum ZBM została złożona przez pełnomocnika w imieniu obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, działającego w granicach umocowania, to oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Z treści kwestionowanego pełnomocnictwa nie wynika, by obejmowało ono również czynność zawarcia umowy konsorcjum. Zatem argumentacja, co do ewentualnego naruszenia art. 108 k.c. oraz nieważności umowy konsorcjum, należy uznać za nie mającą związku ze stanem faktycznym sprawy, ani też treścią zarzutu.

Zarzut dotyczący niewniesienia wadium przez Konsorcjum ZBM nie potwierdził się.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazuje wykluczenie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zamawiający w pkt 10 siwz dotyczącym wadium nie wskazał żadnych wymagań, co do wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (dowód: str. 11 i 12 siwz).

Konsorcjum ZBM złożyło wraz z ofertą dokument gwarancji ubezpieczeniowej o numerze 10/00517/2008 wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. i wskazującej jako zobowiązanego: ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. Gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazuje postępowanie, którego dotyczy oraz warunki, odpowiadające treścią art. 46 ust. 5 Pzp których ziszczeniu się Zamawiający (beneficjent) uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja nie uzależnia w swojej treści w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum (dowód: str.135 oferty ZBM).

Izba podtrzymuje stanowisko zawarte w wyrokach Izby z dnia 4.01.2008, sygn. akt KIO/UZP/23/07 oraz z dnia 31.03.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/223/08, KIO/UZP/231/08 oraz wyrokach Zespołów Arbitrów z 27.04.2006r. sygn. akt : UZP/ZO/0-1178/06 i UZP/ZO/0-1146/06. Izba podkreśla, że zarówno fakt, iż gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona jest na lidera Konsorcjum, jak i brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy partnera, nie ma żadnego wpływu na prawo zamawiającego do zatrzymania wadium.

Konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. Data wystawienia gwarancji jest nerelewantna dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy.

Izba podziela stanowiska Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006r. sygn. sygn. akt II Ca 489/06 i Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005r. sygn. akt VI

Ca 527/05, że nie ma przeszkód do uznania, że członkowie konsorcjum odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum.

W ocenie Izby oferta złożona przez Konsorcjum ZBM została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo iż nie zawiera w swej treści odniesienia do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez ZBM Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. oraz DB International Sp. z o. o. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie potwierdził się.

Zarzut złożenia niewłaściwego dokumentu potwierdzającego fakt, iż nie ogłoszono upadłości DB International GmbH uznaje Izba za nieudowodniony.

§ 2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 rozporządzenia wykonawca 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 ust. 3 rozporządzenia stanowi, że jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w punkcie 1) powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przedmiotem sporu jest, czy okoliczność, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości DB International GmbH jest wykazywana za pomocą zaświadczenia wydawanego przez właściwy Sąd Upadłościowy (jak twierdzi Odwołujący się), czy też winno wynikać wprost z odpisu z rejestru handlowego.

Zamawiający pismem z dnia 19.11. 2008 roku wezwał Konsorcjum ZBM w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do DB International GmbH nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. W 28.11.2008 r. Konsorcjum ZBM złożyło oświadczenie w formie aktu notarialnego wraz tłumaczeniem przysięgłym (dowody: przywołane pisma w aktach sprawy). Pogląd, że żądane informacje wynikają wprost z odpisu z rejestru handlowego Zamawiający zaprezentował w rozstrzygnięciu protestu i podtrzymał na rozprawie.

Art. 188 ust. 1 Pzp stanowi, że strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

W terminie określonym w art. 188 ust. 1 zd. 2 Pzp Odwołujący się nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż dokument, którego winien domagać się zamawiający w postępowaniu jest zaświadczenie wydawane przez właściwy Sąd Upadłościowy. Złożone zaświadczenia dotyczą faktu przyznanego przez stronę przeciwną, że w niektórych krajach związkowych sąd upadłościowy wydaje zaświadczenia i nie mogą przesądzić o faktycznym obowiązku uzyskania spornego zaświadczenia przez DB International GmbH w sądzie upadłościowym. Wniosek o powołanie biegłego złożony na rozprawie nie może zastąpić aktywności strony w kontradyktoryjnym postępowaniu przed Izbą, zwłaszcza, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają zamkniętego katalogu dowodów – norma art.188 ust. 3 Pzp zawiera wyliczenie o charakterze taksatywnym.

Brak udowodnienia twierdzeń przez Odwołującego się nie skutkuje jednak przyznaniem racji stanowisku Zamawiającego i Konsorcjum ZBM, że wyłącznym wg przepisów prawa niemieckiego wyłącznym źródłem informacji że, nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest odpis z rejestru handlowego. Przedstawione przez Konsorcjum ZBM pismo Polsko-Niemieckiej Izby Przemysłowo – Handlowej z dnia 2.02.2009 r. z którego wynika ponadto, że „prawo niemieckie nie przewiduje jednolitego wydawania odrębnych zaświadczeń przez sądy a stosowana przez sądy niektórych krajów związkowych praktyka nie jest powszechna i nie występuje na całym obszarze Niemiec” (w aktach sprawy), nie stanowi w ocenie Izby dowodu na prezentowaną tezę. Izba odmówiła mu wiarygodności i mocy dowodowej.

Przywołane pismo nie stanowi dowodu z dokumentu urzędowego, gdyż brak jest podstawy prawnej do wydawania takich opinii przez Polsko-Niemiecką Izbę Przemysłowo – Handlową, nie zostało wykazane, że Pani Maria M., która pismo podpisała, jest upoważniona do działania w imieniu izby, w tym do składania oświadczeń. Można zatem uznać jedynie, że Pani Maria M. złożyła w imieniu własnym oświadczenie o wskazanej treści.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że załączone do pisma tłumaczenie § 65 GmbH Gesetz (ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością) zostało faktycznie załączone przez wystawcę pisma (brak odniesienia do załącznika w jego treści). Załączone tłumaczenie nie stanowi tłumaczenia przysięgłego, nie wypełnia zatem wymogów § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.), nie zostało podpisane przez osobę która go dokonała.

Przedstawiony przekład budzi również wątpliwości, co do poprawności zwłaszcza, że Przystępujący oświadczył na rozprawie, że pojęcia rozwiązanie, upadłość oraz likwidacja nie są tożsame w prawie niemieckim.

Z uwagi na przedstawienie jedynie jednego przepisu ustawowego, nie jest możliwa weryfikacja poglądu o podobieństwie instytucji polskiego i niemieckiego prawa handlowego. Podnoszone na rozprawie zarzuty w stosunku do treści oświadczenia złożonego przed notariuszem nie mieszczą się granicach zarzutu protestu i nie mogą być przedmiotem rozpoznania Izby stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp.

Reasumując Izba stwierdza, że rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego nie było prawidłowe. Konsorcjum ZBM nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie warunku oraz złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazły potwierdzenie.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a uwzględniła odwołanie.

Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nakazała powtórzenie czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp zasądzając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości kwoty 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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 dla **Warszawy - Pragi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*