

Sygn. akt: KIO 2049/18

WYROK
z dnia 5 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 26 i 30 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę **Sinohydro Corporation Ltd. z siedzibą w Pekinie, No.22 Chegongzhuang West Road Haidian District, Chińska Republika Ludowa, Pekin (Beijing)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Astaldi S.p.A. oraz Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Grzybowska 80.82, 00- 844 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Sinohydro Corporation Ltd. z siedzibą w Pekinie, No.22 Chegongzhuang West Road Haidian District, Chińska Republika Ludowa, Pekin (Beijing)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sinohydro Corporation Ltd. z siedzibą w Pekinie, No.22 Chegongzhuang West Road Haidian District, Chińska Republika Ludowa, Pekin (Beijing)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w imieniu którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest projekt i budowa II linii metra w Warszawie – III Etap realizacji odcinka zachodniego - od szlaku za stacją C04 Powstańców Śląskich do Stacji Techniczno-Postojowej (STP) Mory wraz z STP „Mory”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 listopada 2017r. 2017/S 225-467671. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 8.10.2018r. Odwołujący - Sinohydro Corporation Ltd. z siedzibą w Pekinie - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. zaniechania czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A., Gulermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhut A.Ş i Gulermak Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Astaldi/Gulermak”) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE w zw. z sekcją 5.1.1. ppkt 2 SIWZ pomimo tego, że Astaldi zbankrutował, a co najmniej prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub jego aktywami zarządza sąd lub znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE;
2. zaniechania czynności uznania przez Zamawiającego, że Konsorcjum Astaldi uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia objętego Postępowaniem w rozumieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Astaldi/Gulermak z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE w zw. z sekcją 5.1.1. ppkt 2 SIWZ pomimo tego, że Astaldi zbankrutował, a co najmniej prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub jego aktywami zarządza sąd lub znajduje się

on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE;

2. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności uznania przez Zamawiającego, że Konsorcjum Astaldi/Gulermak uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia objętego Postępowaniem w rozumieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniosk o:

- A. skierowanie na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następującego pytania prejudycjalnego dotyczącego wykładni przepisów prawa unijnego: „Czy użyte w art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) pojęcia należy interpretować w ten sposób, że:
 - a) *przez pojęcie „zbankrutował” należy rozumieć sytuację wykonawcy, któremu na skutek własnego wniosku z mocy przepisów prawa krajowego lub na skutek orzeczenia sądu:*
 - i) *całkowicie lub częściowo odebrano zarząd majątkiem I powołano zarządcę; lub*
 - ii) *majątek i sprawy dłużnika poddano kontroli sądowej lub nadzorowi sądowemu; lub*
 - iii) *na podstawie orzeczenia sądu lub z mocy prawa zostaje przyznane tymczasowe wstrzymanie indywidualnego postępowania egzekucyjnego, by umożliwić negocjacje między dłużnikiem a jego wierzycielami, pod warunkiem że w postępowaniach, w których przyznano tymczasowe wstrzymanie egzekucji, przewidziane zostaną właściwe środki dla ochrony ogółu wierzycieli, oraz, jeżeli nie nastąpi porozumienie, postępowania te poprzedzają jedno z postępowań, o których mowa w lit. a) lub b) w rozumieniu art. 1 ust. 1 ROZPORZĄDZENIA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (dalej „Rozporządzenie Upadłościowe ”)*
 - b) *przez pojęcie „prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe” należy rozumieć sytuację wykonawcy wobec którego wszczęte zostaje „postępowanie upadłościowe” w rozumieniu art. 2 punkt 4 ROZPORZĄDZENIA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego”;*

- c) przez pojęcie *Jego aktywami zarządza sąd*" należy rozumieć „całkowite lub częściowe odebranie dłużnikowi zarządu majątkiem” w rozumieniu art. 1 ust. 1 *ROZPORZĄDZENIA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego*;
- d) przez pojęcie *„znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych / wykonawczych”* można rozumieć wszczęcie przez wykonawcę procedury na podstawie artykułu 161, sekcji 6 i artykułu 186-bis włoskiej ustawy 16 marca 1942 r. o niewypłacalności, Dekret nr 267 z późn. Zm. (dalej „Włoskie Prawo Upadłościowe”) tzw. „concordato in bianco” lub „concordato preventivo”.

B. uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnieniu czynności wyboru oferty Konsorcjum Astaldi/Gülermak, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. wykluczenia Konsorcjum Astaldi/Gülermak z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE; ewentualnie uznania, że Konsorcjum Astaldi/Gülermak uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia objętego Postępowaniem w rozumieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji nakazanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że informację o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia konsorcjum Astaldi/Gülermak z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE w dniu 28.09.2018r. tj. w dniu opublikowania przez Astaldi informacji o złożeniu do Sądu upadłościowego w Rzymie wniosku o zawarcie układu z wierzycielami wraz z zastrzeżeniem, stosownie do artykułu 161, sekcji 6 i artykułu 186-bis Dekretu z 16 marca 1942, nr 267 z późn. zm.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do polskich przepisów ustawy Prawo restrukturyzacyjne i ustawy Prawo upadłościowe. Jest oczywistym, że w stosunku do podmiotów, które mają siedzibą poza Rzeczypospolitą Polską, w przypadku ich bankructwa mają zastosowanie przepisy upadłościowe kraju, w którym podmiot ten ma siedzibę. W konsekwencji w przypadku bankructwa podmiotu zagranicznego, literalnie odczytywana przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania. Dlatego też równie oczywistym jest to, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp winien być interpretowany zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. b dyrektywy 2014/24/UE, uwzględniając zasadę prounijnej wykładni przepisów ustawy Pzp, która implementuje do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy 2014/24/UE. Odwołujący zwrócił uwagę na zasadę prounijnej wykładni prawa krajowego, wynikająca z treści przepisu art. 291 ust. 1 oraz z art. 288 TFUE. Zadaniem sądu krajowego jest przeprowadzanie wykładni prawa krajowego tak, aby w największym możliwym stopniu osiągnąć cel dyrektyw. Odwołujący przywołał treść orzeczeń TSUE, w których została przywołana zasada prounijnej wykładni prawa krajowego. Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. b dyrektywy 2014/24/UE wykonawca podlega wykluczeniu - ustawa Pzp w sytuacji, takiej jak w niniejszej sprawie nakłada na zamawiającego taki obowiązek - jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych. Niemniej jednak, powyższy przepis dyrektywy 2014/24/UE nie definiuje pojęć takich jak „zbankrutował”, „prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe”, „jego aktywami zarządza sąd”, „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych”. W tym zakresie, zdaniem Odwołującego, pomocna jest próba ustalenia znaczenia tych pojęć na gruncie prawa unijnego, w szczególności na gruncie przepisów Rozporządzenia Upadłościowego, które daje wskazówki, w zakresie tego, co należy rozumieć przez wskazane pojęcia.

Odwołujący wskazał, że użyte w art. 57 ust. 4 lit. b dyrektywy 2014/24/UE pojęcie „zbankrutował” należałoby odnosić do sytuacji, w której podmiot objęty jest postępowaniem, które podlega pod przepisy Rozporządzenia Upadłościowego. Pojęcia „*prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe*” i „*jego aktywami zarządza sąd*” są łatwo uchwytnie na gruncie Rozporządzenia Upadłościowego i ich wykładni gramatycznej. Z kolei pojęcie „*znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych*” należy interpretować, jako obejmujące takie postępowania, które nie wiążą się z prowadzeniem wobec osoby

prawnej postępowania upadłościowego w rozumieniu Rozporządzenia Upadłościowego, ale obejmuje sytuacje, w której prowadzone jest wobec podmiotu postępowanie związane z jego niewypłacalnością - tj. brakiem zdolności do regulowania bieżących zobowiązań - na podstawie krajowych przepisów regulujących postępowania upadłościowe i restrukturyzacyjne. Odwołujący podniósł, że w dniu 27.09.2018 r. Astaldi złożyło wniosek o zawarcie układu z wierzycielami wraz z zastrzeżeniem, stosownie do artykułu 161, sekcji 6 i artykułu 186-bis Włoskiego Prawa Upadłościowego tzw. *concordato in bianco*, w celu przekształcenia postępowania tego w najbliższej przyszłości w postępowanie tzw. *concordato preventivo*.

Wszczęcie postępowania pod nazwą "*concordato preventivo in bianco*", wiąże się z wieloma istotnymi ograniczeniami w działalności Astaldi, w tym m.in.:

- żadne postępowanie tymczasowe lub egzekucyjne przeciwko Astaldi nie może być rozpoczęte lub kontynuowane, a wierzyciel nie może uzyskać zabezpieczenia na majątku Astaldi (chyba że sąd upadłościowy wyraźnie wyrazi na to zgodę) (art. 168 Włoskiego Prawa Upadłościowego);
- Astaldi nie może spłacać długów należnych przed złożeniem wniosku - tj. np. wierzytelności podwykonawców, które stały się wymagalne przed 28 września 2018 r. (art. 168 Włoskiego Prawa Upadłościowego) - co potwierdza komunikat Astaldi z dnia 3 października 2018 r., w którym Astaldi wskazuje, że złożenie „wniosku o układ z wierzycielami uwzględnia zawieszenie płatności wynikających z wszelkich wcześniejszych zobowiązań względem daty złożenia wniosku o układ, chyba że za wyraźną zgodą sądu, w trakcie okresu procedury układu z wierzycielami”;
- Astaldi może zwrócić się do sądu upadłościowego z wnioskiem o wypowiedzenie lub zawieszenie do 60 dni (termin, który może zostać przedłużony na nie więcej niż jeden raz) trwających umów np. umów o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Wypowiedzenie lub zawieszenie daje prawo drugiej stronie do odszkodowania, które jednak zostanie zwrócone z zastrzeżeniem redukcji stosowanej do niezabezpieczonego długu należnego przed złożeniem zgłoszenia (art. 169 - bis Włoskiego Prawa Upadłościowego);
- Astaldi jest zobowiązane do uzyskania pisemnego upoważnienia sądu upadłościowego do wystawiania weksli lub poręczeń osobistych, udzielania lub anulowania hipotek lub zastawów, zrzekania się sporów, uznania praw osób trzecich, przyjęcia darowizny lub darowizn, zawierania określonych umowy (pożyczki, porozumienia i umowy arbitrażowe) oraz bardziej ogólnie wykonywania czynności, które nie należą do czynności bieżącej administracji działalności Astaldi (art. 167 Włoskiego Prawa Upadłościowego). Według art. 161 Włoskiego Prawa

Upadłościowego, od chwili złożenia wniosku o wszczęcie postępowania "*concordato preventivo in bianco*", co nastąpiło w dniu 27 września 2018 r., Astaldi może wyłącznie za wyraźną zgodą sądu upadłościowego dokonywać czynności, które nie należą do czynności bieżącej administracji działalności Astaldi. Według art. 167 Włoskiego Prawa Upadłościowego, działania w powyższym zakresie dokonane przez Astaldi bez uzyskania zgody sądu upadłościowego, są nieskuteczne.

Zdaniem Odwołującego, wskutek złożenia przez Astaldi wniosku w dniu 27.10.2018 r. co najmniej częściowo odebrano Astaldi zarząd majątkiem, w szczególności w zakresie czynności, które nie należą do czynności bieżącej administracji działalności Astaldi - te mogą być podejmowane wyłącznie za uprzednią pisemną zgodą sądu upadłościowego, a także spłata wierzycieli Astaldi, których wierzytelności stały się wymagalne przed 28.09.2018 r. może nastąpić wyłącznie za zgodą sądu upadłościowego. Procedura sądowa wszczęta przez Astaldi z pewnością podlega pod przepisy Rozporządzenia Upadłościowego, a procedura, którą Astaldi zapowiedziało, iż zamierza wdrożyć tzw. *concordato preventivo* wprost wskazana jest w Rozporządzeniu Upadłościowym jako postępowanie upadłościowe. Postępowanie, którym objęte jest obecnie Astaldi tj. "*concordato preventivo in bianco*" świadczy o tym, że Astaldi znajduje się w innej tego rodzaju sytuacji, wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych", której celem jest tymczasowe wstrzymanie z mocy prawa postępowań egzekucyjnych względem Astaldi, a w przypadku braku porozumienia z dłużnikami, postępowanie to przekształci się w jedno z postępowań, o których mowa w art. 1 ust. 1 Rozporządzenia Upadłościowego.

W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, mając na względzie konieczność prounijnej wykładni art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, Konsorcjum Astaldi/Gulermak podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 57 ust. 4 lit b dyrektywy 2014/24/UE.

Odwołujący podniósł także, iż konsorcjum Astaldi/Gulermak uchyła się od podpisania umowy z Zamawiającym, bowiem nie dopełniło formalności wymaganych przez Zamawiającego:

1. wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wymaganej formie gwarancji bankowej zgodnej z Załącznikiem 5 do SIWZ (wymóg z sekcji 17.4 SIWZ); oraz
2. nie przedłożyło Zamawiającemu umowy regulującej współpracę pomiędzy Astaldi i Gulermak;

w wymaganym przez Zamawiającego terminie 04.10.2018 r.

Wszelkie czynności Konsorcjum Astaldi/Gulermak związane z próbą odsunięcia w czasie daty zawarcia umowy z powołaniem się na okres „urlopu” w Turcji i we Włoszech musi zostać w świetle doświadczenia życiowego uznane za czynności pozorne, które ukierunkowane były przez Konsorcjum Astaldi/Gulermak na zyskanie na czasie w celu

podjęcia kolejnych prób uzyskania gwarancji bankowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy wobec bankructwa Astaldi.

Skoro Konsorcjum Astaldi/Gulermak uchyliło się od zawarcia umowy w rozumieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, to zdaniem Odwołującego, Zamawiający jest zobowiązany do dalszego procedowania Postępowania poprzez wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 22.06.2018r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Astaldi/Gulermak. Pismem z dnia 10.08.2018r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Astaldi/Gulermak o planowanym terminie podpisania umowy, wyznaczając go na dzień 3.09.2018r. oraz wezwał do złożenia niezbędnych do podpisania umowy dokumentów: zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz umowy regulującej współpracę wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pismem z dnia 16.08.2018r. Konsorcjum Astaldi/Gulermak zwróciło się o przesunięcie zaproponowanego terminu podpisania umowy, nie wcześniej niż 28 września 2018r. wskazując, m.in. że „w sierpniu, tak w Turcji jak i we Włoszech (..) jest praktycznie niemożliwe załatwienie jakichkolwiek spraw służbowych wymagających udziału instytucji publicznych, ponieważ w tym okresie ogromna większość mieszkańców jest na urlopie, a biura są zamknięte”. Zamawiający, pismem z dnia 14.09.2018r., poinformował o nowym terminie podpisania umowy, wyznaczając go na 5.10.2018r., przypomniał jednocześnie o obowiązkach wskazanych w piśmie z dnia 10.08.2018r. Konsorcjum Astaldi/Gulermak złożyło do Zamawiającego, w dniu 28.09.2018r. oraz wyjaśnienie dotyczące sytuacji finansowej spółki Astaldi S.p.A.

W dniu 2.10.2018r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp, w związku z pismem z dnia 28.09.2018r. wezwał Konsorcjum Astaldi/Gulermak do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 13.3lit. a ppkt 2SIWz w celu potwierdzenia, że nie zachodzą względem spółki Astaldi S.p.A. przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w pkt 13.5 ppkt 2 SIWZ, zgodnie z którymi Zamawiający wykluczy wykonawcę z postępowania o ile zajdą wobec niego okoliczności wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Jednocześnie, jeśli zachodzą względem Astaldi S.p.A. przesłanki wykluczenia z postępowania to Zamawiający wezwał do przedstawienia dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp. Zamawiający wezwał także do przedstawienia wyjaśnień, szczegółowych informacji dotyczących sytuacji Astaldi S.p.A. Odrębnym pismem z dnia 2.10.2018r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Astaldi/Gulermak o wyjaśnienie rozbieżności wynikających z pełnomocnictwa przekazanego w dniu 2.10.2018r.

dla Gulermak oraz wyjaśnień dotyczących Lidera Konsorcjum. W dniu 3.10.2018r. Konsorcjum przesłało projekt gwarancji należytego zabezpieczenia wykonania umowy, która została w dniu 4.10. zaakceptowana przez Zamawiającego. Pismem z dnia 4.10.2018r. Konsorcjum poinformowało o zmianie Lidera Konsorcjum oraz złożyło wyjaśnienia dotyczące sytuacji finansowej Astaldi S.p.A., załączając zaświadczenie o wpisie do sekcji zwyczajnej z dnia 3.10.2018r. W dniu 5.10.2018r. Zamawiający potwierdził odbiór wszystkich dokumentów niezbędnych do podpisania umowy oraz poinformował, że w związku z koniecznością analizy złożonych wyjaśnień, „spotkanie, którego celem będzie zawarcie umowy nastąpi w terminie późniejszym. Dokładna data, godzina i miejsce spotkania zostaną wskazane w osobnym piśmie”. W dniu 18.10.2018r. Konsorcjum Astaldi/Gulermak przedłużyło termin związania ofertą do dnia 30.11.2018r. oraz złożyło bankową gwarancję należytego zabezpieczenia umowy ważną do dnia 18.01.2019r.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego konsorcjum Gulermak/Astaldi, iż na skutek upływu terminu związania ofertą Odwołujący utracił interes we wniesieniu odwołania oraz nie może ponieść szkody na skutek działań i zaniechań Zamawiającego, które kwestionuje w odwołaniu. Upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie ewentualnemu dokonaniu wyboru oferty i zawarciu umowy z wykonawcą, co oznacza, że Odwołujący może nadal ponieść szkodę, wynikającą z braku możliwości uzyskania tego zamówienia. Tezę tę potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych, w tym orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. o Sygn. akt XXIII Ga 924/14, sąd wskazał, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów Pzp, należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.

Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku o Sygn. akt XIII Ga 379/12 uznał, że „celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy (...) Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy”.

Zdaniem Izby, interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp należy rozumieć szeroko, również jako dążenie wykonawcy do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z przepisami prawa.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o skierowanie pytań prejudycjalnych w sprawie wykładni przepisu art. 57 ust. 4 lit b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, uznając to za zbędne do rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie z art. 57 4 lit b dyrektywy – instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych. Ustawodawca unijny przewidział, że przesłanka dotycząca wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu jego niewypłacalności jest przesłanką fakultatywną, co oznacza, że państwu członkowskiemu pozostawiono swobodę co do zakresu i sposobu implementacji tej przesłanki. Świadczy o tym wprost sformułowanie w art. 57 *in fine* Dyrektywy, w którym wskazano m.in, że „państwo członkowskie może wymagać lub przewidzieć możliwość, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o niewykluczeniu wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. b, jeśli stwierdzi ona, że dany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej”. Państwa członkowskie mogły zatem w ogóle nie przewidzieć tej przesłanki wykluczenia w ustawodawstwie krajowym albo implementować ją w całości lub jedynie w sposób fragmentaryczny, decydując tym samym o możliwie szerokim udziale wykonawców. Potwierdza to także doktryna cyt: „Ustawodawca krajowy może również modyfikować zakresy poszczególnych podstaw wykluczenia poprzez ograniczenie przesłanek lub okoliczności wymienionych w ramach jednej podstawy wykluczenia”. (A. Sołtyśńska, *Kwartalnik PZP*, numer 2(49) 2016r. s. 37).

Polski ustawodawca, korzystając z przyznanej mu swobody, dokonał implementacji ww. przesłanki dyrektywy w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, przewidując, że przesłanka ta ma również charakter fakultatywny, czyli jej zastosowanie i ewentualne wykluczenie wykonawcy na jej podstawie jest zależne do decyzji danego zamawiającego, która musi być wyrażona w sposób jasny w dokumentacji przetargowej tj. ogłoszeniu i SIWZ. Określone rozwiązania zostały transponowane w sposób prawidłowy do polskiego porządku prawnego. Skoro ustawodawca polski, korzystając z przysługującej mu swobody w zakresie ukształtowania treści ww. przesłanki dyrektywy pominął niektóre sformułowania użyte w dyrektywie (np. wykonawca „zbankrutował”, wykonawca znajduje się „w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury”) to, zdaniem Izby, skierowanie pytań do TSUE co do wykładni pojęć zawartych w art. 57 ust. 4 lit b dyrektywy, które nie zostały wprowadzone do porządku krajowego jest zbędne dla rozstrzygnięcia sporu.

Chybiona jest argumentacja Odwołującego, iż skoro włoski Naczelny Sąd Administracyjny w podobnej sytuacji (spółka włoska złożyła wniosek o wszczęcie postępowania „*concordato in bianco*”) skierował pytania prejudycjalne do TSUE, to również Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając niniejszą sprawę winna takie pytania wystosować. Zauważyć należy, że pytania prejudycjalne skierowane przez włoski NSA zostały sformułowane na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE i nieaktualnego już przepisu art. 38 ust. 1 lit a włoskiego dekretu nr 163 z 2006r. dotyczącego zamówień publicznych. Tymczasem ocenie przez Izbę podlega sytuacja wykonawcy w kontekście dyrektywy 2014/24/UE i prawidłowego implementowanego przepisu prawa krajowego. Jak wynika z treści uchylonego przepisu art. 38 ust. 1 lit a dekretu nr 163 z 2006r. dotyczącego zamówień publicznych, którego tłumaczenie zostało załączone przez Odwołującego do pisma procesowego z dnia 26.10.2018r., ustawodawca włoski przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy także w przypadku gdy „stoi on w obliczu bankructwa” czy „toczących się postępowań na końcu których formalnie można otworzyć jedną z procedur *concordato preventivo in bianco* lub *concordato preventivo*”, podczas gdy ustawodawca polski w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp takich przesłanek nie wprowadził, przewidując, że wykluczeniu podlegają wykonawcy znajdujący się w stanie likwidacji i upadłości, z którymi wiąże się likwidacja majątku spółki.

Za nietrafną Izba uznała argumentację Odwołującego, iż skoro na gruncie przepisów prawa włoskiego spółka Astaldi zostałaby w tej sytuacji wykluczona z udziału w postępowaniu to należy uznać, że podmiot ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 57 ust. 4 lit b dyrektywy i art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Niezależnie od tego, co zostało już podkreślone wyżej, sytuację spółki Astaldi należy ocenić w oparciu o kryteria określone przez Zamawiającego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne a nie w oparciu o przepisy prawa włoskiego, to wskazać też trzeba, iż przywoływane przez Odwołującego orzeczenia w tej kwestii są nieadekwatne, bowiem zostały wydane w oparciu o nieaktualny stan prawny tj. art. 38 ust. 1

lit a dekretu nr 163 z 2006 ws. zamówień publicznych, który był implementacją uchylonej dyrektywy 2004/18/WE.

Niezasadnym jest także pogląd, że przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp dotyczą tylko postępowań polegających polskiemu prawu upadłościowemu oraz restrukturyzacyjnemu. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp odwołuje się do przepisów prawa polskiego tylko w dwóch wyraźnie wskazanych przypadkach: gdy sąd po zakończeniu postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego zarządza likwidację majątku spółki na podst. przepisów prawa upadłościowego lub prawa restrukturyzacyjnego. Pozostałe sytuacje z art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp mogą być ocenione także względem podmiotów zagranicznych.

Izba podkreśla, że zasada równego traktowania wykonawców sprzeciwia się przyjęciu, iż sytuację wykonawcy polskiego należałoby ocenić wg przepisu prawa krajowego, zaś sytuację podmiotu zagranicznego wg treści art. 57 ust. 4 lit b dyrektywy. Takie podejście powodowałaby, że wykonawcy podlegający ocenie na gruncie przepisu art. 24 ust.5 pkt 1 Pzp byliby eliminowani z udziału w postępowaniu jedynie w sytuacji, najogólniej mówiąc upadłości czy likwidacji spółki, z którymi wiąże się likwidacja majątku, podczas gdy w stosunku do wykonawców zagranicznych już samo wszczęcie procedury upadłościowej czy likwidacyjnej, „bankructwo” czy „inna tego rodzaju sytuacja wynikająca z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach” skutkowałoby wykluczeniem tych wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji oceny prawnej sytuacji Spółki Asaldi S.p.A. należy dokonać w oparciu o przepis prawa krajowego, przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, która została przez Zamawiającego przewidziana w dokumentacji postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego w sekcji 5.1.1 ppkt 2 SIWZ. Zgodnie z jego treścią wykluczeniu z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne podlega wykonawca w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015r – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2016, poz. 1574, 1579, 1948 i 2260) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba, że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003r -Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2016r., poz. 2172, 2260, 2261 oraz z 2017r. poz. 791).

Zauważyć należy, że przesłanki wykluczenia wykonawcy jako przesłanki sankcyjne podlegają ścisłej interpretacji, na co wielokrotnie w swoim orzecznictwie zwracała uwagę Izba. Również w orzecznictwie TSUE podkreślano, że kryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia z danego

przetargu, muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu, a instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (tak np. pkt 40 wyrok TSUE z dnia 10.10.2013 Manova C-336/12) .

Oceniając, aktualną sytuację, w której znajduje się spółka Astaldi, będąca członkiem konsorcjum Gulermak/Astaldi, Izba uznała, że nie zachodzi żadna z przesłanek określona w art. 24 ust.5 pkt 1 Pzp, skutkująca koniecznością wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu. Izba, dokonując oceny wzięła pod uwagę stan prawny w jakim znajduje się ta spółka na dzień wyrokowania.

Z dokonanych w toku postępowania odwoławczego ustaleń i zgromadzonych w sprawie dowodów wynika, że:

1. Zarząd Astaldi podjął uchwałę o zatwierdzeniu i zgodzie na złożenie we właściwym sądzie w Rzymie wniosku, zgodnie z art. 161 ust. 6 włoskiego prawa upadłościowego, z zastrzeżeniem złożenia w terminie, który zostanie wyznaczony przez sąd, propozycji układu z wierzycielami z kontynuacją działalności wraz z planem i pozostała dokumentacją zgodnie z prawem (*dowód: zaświadczenie o wpisie do sekcji zwyczajnej z dnia 3.10.2018r.*),
2. Rada Dyrektorów Spółki Astaldi oceniła i postanowiła złożyć w Sądzie w Rzymie wniosek w sprawie układu z wierzycielami z „zastrzeżeniem”, zgodnie z artykułem 161, ppkt 6 i artykułem 186-bis R.D. z 16.03.1942 („włoska ustawa upadłościowa”). Wniosek jest wstępny do złożenia wniosku o ułożenie z wierzycielami w sprawie kontynuacji działalności na podst. art. 160i 186-bis i nast. włoskiej ustawy o niewypłacalności. (*dowód: komunikat prasowy i wyjaśnienie Astaldi z dnia 28.09.2018r.*). Z treści wyjaśnień wynika, że spółka Astaldi, „podjęła decyzję o złożeniu wniosku *concordato preventivo con continuita aziendale*, zgodnie z prawem włoskim (.), które przewiduje zawarcie porozumienia z wierzycielami w celu przeprowadzenia restrukturyzacji finansowej spółki zapobiegającej niewypłacalności i zapewniającej kontynuację działalności gospodarczej”. „Zgodnie z prawem włoskim spółka kontynuuje realizację zamówień publicznych, na podstawie zgody sądu spółka może przystępować do nowych przetargów”.
3. W dniu 17.10. 2018r. Sąd Powszechny w Rzymie wydał orzeczenie nr 63/18, udzielając spółce - wnioskodawczyni terminu 60 dni od dnia doręczenia orzeczenia na złożenie ostatecznej propozycji układu z planem i kompletną dokumentacją. Sąd wyznaczył także 3 komisarzy sądowych, którzy będą nadzorować działalność, jaką spółka będzie prowadzić do upływu tego terminu. Ponadto sąd zarządził, aby Spółka złożyła kwotę 500 000euro na koncie bankowym zarejestrowanym na Spółkę; co 30 dni składała w Sekretariacie Sądu i przekazywała komisarzom sądowym sprawozdanie z aktualnej sytuacji finansowej; co 30 dni składała krótką relację informacyjno-wyjaśniającą co do stanu przygotowań ostatecznej propozycji układu oraz planu, a także bieżącego

zarządzania również finansowego. Ponadto Spółka nie może: a. dokonywać do upływu wyznaczonego terminu czynności przekraczających zwykły zarząd, chyba że zezwoli na nie Sąd i tylko pod warunkiem, że zostaną udokumentowane i uzasadnione w odpowiedni sposób pod względem ich pilności i użyteczności, b. dokonywać płatności wcześniejszych wierzytelności, c. wymagana jest wcześniejsza zgoda sądu, również aby zaciągnąć ewentualne pożyczki, d. dokonywać czynności, które są uznawane za zabronione, zgodnie z art. 161, 169-bis, 173 prawa upadłościowego. (dowód: orzeczenie Sądu Powszechnego w Rzymie Wydział Upadłościowy z dnia 17.10.2018r. -postępowanie w sprawie układu nr 63/2018)

Jak wynika z ww. dokumentów na tym etapie postępowania Sąd Powszechny w Rzymie wyznaczył spółce Astaldi jedynie termin na złożenie propozycji układu wraz z planem i kompletną dokumentacją, co oznacza, że nie zostało nawet formalnie otwarte postępowanie układowe. Astaldi przysługuje obecnie jedynie „tymczasowa ochrona” (*concordato in bianco*), wynikająca ze złożenia wniosku restrukturyzacyjnego i co ważne istnieje wola kontynuowania działalności przez spółkę. Celem tej procedury jest zawarcie w postępowaniu restrukturyzacyjnym układu z wierzycielami (*concordato preventivo con continuita aziendale*). Zatem, aktualnie spółka Astaldi jest na etapie poprzedzającym otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego i zawarcie układu z wierzycielami. Powołując się na definicję „orzeczenia o wszczęciu postępowania”, podaną w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2015/848 z dnia 20.05.2015 r w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.U. UE 5.6.2015), zgodnie z którymi orzeczenie o wszczęciu postępowania upadłościowego winno określać iż wszczęto postępowanie upadłościowe lub potwierdzać wszczęcie takiego postępowania i powinno obejmować powołanie zarządcy, zauważyć należy, że wydane orzeczenie Sądu Powszechnego w Rzymie z dnia 17.10.2018r. nie stanowi otwarcia postępowania układowego i nie powoduje upadłości spółki Astaldi. Tezę tę potwierdzają opinie prawne złożone przez konsorcjum Astaldi/Gulermak oraz Zamawiającego, gdzie podano, że samo złożenie wniosku o dopuszczenie do procedury zawarcia układu z wierzycielami nie oznacza otwarcia postępowania układowego. Na podstawie takiego wniosku Sąd wydaje orzeczenie, wyznaczając termin na złożenie propozycji planu i dokumentów oraz zarządza obowiązek informacyjny, również w odniesieniu do finansowego zarządzania spółką. Po złożeniu propozycji układu wraz z planem i kompletną dokumentacją, sąd, odrębnym orzeczeniem otwiera postępowania układowe, wyznaczając przewodniczącego sędziego, sędziego komisarza, zarządza zwołanie zgromadzenia wierzycieli oraz wyznacza termin na opłacenie co najmniej połowy przewidywanych kosztów postępowania.

Z kolei w opinii z dnia 18.10.2018r., złożonej przez Odwołującego potwierdzono m.in, że dłużnik w czasie trwania postępowania *pre-concordato* nie traci zdolności prawnej, ale prowadzi działalność pod nadzorem jednego lub kilku komisarzy sądowych. Stwierdzono tam również, iż „dopuszczenie do Postępowania Pre-concordato pociąga za sobą kilka istotnych skutków mających na celu ochronę majątku spółki przed agresywnymi działaniami wierzycieli lub mówiąc ogólnie, przed zubożeniem (także przez dłużnika) z naruszeniem zasady *pari passu*”.

Mając na uwadze powyższe, oceniając sytuację spółki Astaldi w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, wskazać należy, że przepis ten nie przewiduje wykluczenia wykonawcy, znajdującego się na etapie poprzedzającym samo wszczęcie postępowania restukturyzacyjnego.

W oparciu o powyższe, brak jakichkolwiek podstaw, aby stwierdzić, iż na dzień dzisiejszy wobec Spółki Astaldi wszczęto postępowanie likwidacyjne, z całą pewnością w żadnym układzie nie jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację majątku, spółka Astaldi nie ogłosiła także upadłości, tym bardziej upadłości przez likwidację majątku. Dywagacje Odwołującego dotyczące ewentualnej możliwości zakończenia toczącego się wobec spółki Astaldi postępowania likwidacją lub upadłością spółki są jedynie hipotezami, które nie mogą mieć znaczenia dla oceny aktualnej na dzień wyrokowania sytuacji spółki pod kątem istnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zobowiązanie spółki Astaldi do złożenia pełnego wniosku o wszczęcie postępowania *concordato in bianco* wraz z załącznikami do tego wniosku, stwierdzając że wniosek dowodowy w kontekście zarzutu zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust.5 pkt 1Pzp jest zbędny dla rozstrzygnięcia sporu a sytuacja finansowa członków konsorcjum Astaldi/Gulermak pozostaje poza zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Za bezprzedmiotowy i zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała wniosek Odwołującego o wystąpienie do UOKiK w sprawie przeanalizowania przesłanek co do istnienia zmywy przetargowej między członkami konsorcjum Astaldi/Gulermak.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp granice rozpoznania odwołania wyznacza jego treść, co powoduje, że Izba w uzasadnieniu orzeczenia może odnieść się jedynie do zarzutów podniesionych w odwołaniu tj. naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp i art. 57 ust. 4 lit b dyrektywy oraz art. 94 ust. 3 Pzp.

Podnoszone przez Odwołującego wątpliwości dotyczące niemożliwości podpisania umowy przez spółkę Astaldi z uwagi na brak zgody sądu na dokonanie czynności przekraczających zwykły zarząd nie zostały objęte zarzutami odwołania, a niezależnie od tego wskazać trzeba, że nie mogą one stanowić przesłanki do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 94 ust. 3 Pzp polegający na zaniechaniu uznania przez Zamawiającego, iż konsorcjum Astaldi/Gulermak uchyla się od podpisania umowy. Izba stwierdziła, że przedstawione w ustaleniach faktycznych okoliczności sprawy nie wskazują, aby konsorcjum Astaldi/Gulermak uchylało się od zawarcia umowy z Zamawiającym. Strony przyszłej umowy zgodnie ustalały kolejne przesunięcia pierwotnie wyznaczonego terminu zawarcia umowy. Aktualnie, zgodnie z oświadczeniem samego Zamawiającego z dnia 5.10.2018r., w związku z koniecznością zbadania sytuacji prawnej Spółki Astaldi, „zawarcie umowy nastąpi w terminie późniejszym. Dokładna data, godzina i miejsce spotkania zostaną wskazane w osobnym piśmie”. Brak jakichkolwiek podstaw, aby można mówić, iż konsorcjum uchyla się od podpisania umowy z Zamawiającym. O braku uchylania się od zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie świadczy dobitnie fakt, iż konsorcjum Astaldi/Gulermak pozostaje w stałym kontakcie z Zamawiającym co do ustalenia ostatecznego terminu umowy, przedłużyło termin związania ofertą do dnia 30 listopada 2018r. oraz złożyło gwarancję należytego wykonania umowy ważną do dnia 18.01.2019r.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....