

Sygn. akt KIO/UZP 643/09

Sygn. akt KIO/UZP 656/09

WYROK
z dnia 4 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27.05.2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **20 maja 2009 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. konsorcjum firm: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (lider), Thales Transportation Systems S.A., Chemin Des Bordes 91220 Le Plessis Pate, Budimex Dromex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 (sygnatura akt KIO/UZP 643/09);

B. konsorcjum firm: Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A., 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29 (lider), Autostrade Per l'Italia S.P.A., Roma (RM), Via Alberto Bergamini, CAP 00-159, Włochy (sygnatura akt KIO/UZP 656/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestów:

A. konsorcjum firm: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (lider), Thales Transportation Systems S.A., Chemin Des Bordes 91220 Le Plessis Pate, Budimex Dromex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 z dnia 27 kwietnia 2009 r.;

B. konsorcjum firm: Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A., 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29 (lider), Autostrade Per l'Italia S.P.A., Roma (RM), Via Alberto Bergamini, CAP 00-159, Włochy z dnia 27 kwietnia 2009 r..

przy udziale konsorcjum firm: **EGIS PROJECTS SA, 11, Av. Du Centre, Saint Quentin en Yvelines, 78286 Guyancourt Cedex France (lider), Strabag Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7** zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturze KIO/UZP 643/09 i KIO/UZP 656/09 po stronie zamawiającego

przy udziale konsorcjum firm: **Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A., 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29 (lider), Autostrade Per l'Italia S.P.A., Roma (RM), Via Alberto Bergamini, CAP 00-159, Włochy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO/UZP 643/09 po stronie odwołującego się.

przy udziale konsorcjum firm: **Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (lider), Thales Transportation Systems S.A., Chemin Des Bordes 91220 Le Plessis Pate, Budimex Dromex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** z dnia 27 kwietnia 2009 r. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO/UZP 656/09 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących się i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A.** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez konsorcjum firm: **Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (lider), Thales Transportation Systems S.A., Chemin Des Bordes 91220 Le Plessis Pate, Budimex Dromex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,**

B. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum firm: **Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A., 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29 (lider), Autostrade Per l'Italia S.P.A., Roma (RM), Via Alberto Bergamini, CAP 00-159, Włochy,**

2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr. (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz xxx w tym:

A. 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx

B. 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu xxx

3) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A. kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum firm: **Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53 (lider), Thales Transportation Systems S.A., Chemin Des Bordes 91220 Le Plessis Pate, Budimex Dromex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,**

B. kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum firm: **Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A., 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29 (lider), Autostrade Per l'Italia S.P.A., Roma (RM), Via Alberto Bergamini, CAP 00-159, Włochy**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A4 Wrocław – Katowice (153+227 – km 340+200), na odcinku Wrocław – Sośnica, do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat” (numer referencyjny GDDKiA-PPP-4-BM-

620-1787/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 23 września 2008 r., 2008/S 184-243679.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze w postępowaniu oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: EGIS PROJECTS S.A., STRABAG Sp. z o.o., zwanych dalej konsorcjum EGIS.

W dniu 27 kwietnia 2009 r. do zamawiającego wniesione zostały protesty przez:

- 1) konsorcjum firm: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., Thales Transportation Systems S.A., Budimex Dromex S.A., zwanych dalej konsorcjum Alcatel-Lucent;
- 2) konsorcjum firm: STALEXPORT AUTOSTRADA DOLNOŚLĄSKA Spółka Akcyjna, AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.p.A., zwanych dalej konsorcjum Stalexport.

Ad 1) Protest konsorcjum Alcatel-Lucent dotyczył czynności wyboru oferty konsorcjum EGIS oraz zaniechania odrzucenia wybranej oferty. Działaniom zamawiającego zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie podstaw zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum EGIS, wykonawca wskazał, iż z żadnego dokumentu załączonego do oferty nie wynika prawidłowość umocowania Pana Krzysztofa Bernatowicza do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum EGIS, co wynika z braku wykazania umocowania dla Pana JOOSTEN RIK do działania w imieniu EGIS PROJECTS S.A. Ponieważ oferta nie została skutecznie złożona, zamawiający nie ma możliwości zawarcia wiążącej strony i ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta konsorcjum EGIS jako niezgodna z ustawą pzp oraz nieważna na podstawie odrębnych przepisów, winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy pzp. Ofertę w postępowaniu stanowią wszystkie dokumenty wymienione przez zamawiającego w pkt 7.2. siwz, w tym w szczególności formularze 2.1 i 2.2. W ocenie protestującego, można domyślać się, że formularz 2.1 został podpisany przez Pana Krzysztofa Bernatowicza, jednak formularz 2.2 – wykaz składników płatności nie został podpisany. Wskazuje to w jego ocenie, iż istotne dane niezbędne dla właściwej realizacji zamówienia publicznego nie zostały w ogóle zamawiającemu przedstawione i zaoferowane. Elementy umieszczone w formularzu 2.2 niezbędne są dla określenia harmonogramu płatności oraz umożliwienia zarządzania zmianami. Wykonawcy byli zobowiązani do rozbicia ceny ofertowej na składniki płatności określone w formularzu 2.2. oraz dokonania wyceny wszystkich pozycji opisanych w Wykazie Składników Płatności stosownie do wartości wszystkich prac i robót objętych daną pozycją. Również brak podpisu w części formularza 2.2 – Reakcja na awarie zg. z p-ktem 2.3 załącznika J – szkody spowodowane przez osoby

trzecie, oznaczać musi w ocenie protestującego, nie złożenie wymaganych zapisami 9.2-9.4 siwz informacji i elementów. Na tej podstawie protestujący uznał, iż treść oferty konsorcjum EGIS nie odpowiada treści siwz. Poza brakiem podpisania formularza 2.2 oferty, w proteście podniesiono brak skutecznego potwierdzenia za zgodność z oryginałem odpisu KRS spółki STRABAG, na którym widnieją znaki graficzne nie pozwalające na identyfikację osoby, która je umieściła, w szczególności nie odpowiadają sposobowi parafowania poszczególnych stron przez Pana Krzysztofa Bernatowicza, jaki przyjął on we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Sposób parafowania stron oferty nie pozwala na uznanie naniesionych znaków zarówno za parafki Pana Krzysztofa Bernatowicza, jak i za jego podpis. W końcowej części uzasadnienia protestu, wykonawca zwrócił uwagę na konsekwencje zawarcia umowy dotkniętej sankcją nieważności, którą powoduje między innymi przesłanka zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 maja 2009 r. oddalając go w całości.

W zakresie prawidłowości umocowania pełnomocnika konsorcjum, zamawiający wskazał na treść oświadczenia konsorcjum EGIS złożonego przy okazji składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym wyłomaczono sposób reprezentacji prawnej Egis Projects S.A. i z którego wynika, że Rik Joosten był umocowany udzielić pełnomocnictwa Krzysztofowi Bernatowiczowi. W wyjaśnieniach tych wskazano na funkcję pełnioną przez Pana Rik Joosten w organach spółki Egis Projects S.A, jako dyrektor generalny pełnomocny, który zgodnie z artykułem L.225-56 Kodeksu handlowego francuskiego posiada najszersze uprawnienie do działania we wszystkich okolicznościach w imieniu spółki. Zamawiający uznał na tej podstawie, iż Pan Rik Joosten był umocowany udzielić pełnomocnictwa Krzysztofowi Bernatowiczowi.

W zakresie skuteczności złożenia oferty, zamawiający powołał się na zasadę wykładni kombinowanej oświadczenia woli, opartej na kryterium subiektywnym i obiektywnym, która oznacza, iż oświadczenie woli powinno być interpretowane jako pewna całość, co z kolei oznacza wykładnię poszczególnych elementów oświadczenia woli w funkcji interpretującej całość, przy czym istotny jest kontekst sytuacyjny. Zamawiający podniósł, iż zarówno w treści ogłoszenia, jak i siwz nie wprowadzono wymagania opatrzenia podpisem, czy też parafą każdej karty formularza 2.2. Uchybienie takie miało by co najwyżej charakter braku formalnego, który nie uzasadniałaby odrzucenia oferty. Ponadto, zaoferowana w formularzu oferty cena brutto odzwierciedla wartość wykazaną w kwestionowanym w proteście formularzu, a zamieszczone w formularzu oferty w punkcie trzecim oświadczenie, potwierdza że cena została wskazana „zgodnie z załączonym wycenionym Wykazem Składników Płatności”. Przedłożony wykaz jest opatrzony znakami firmowymi uczestników

konsorcjum, pieczęcią spółki Egis Projects S.A., numeracją stron zgodną z całością oferty i znajduje się pomiędzy podpisanym przez Krzysztofa Bernatowicza formularzem 2.1, a gwarancją bankową. W tych okolicznościach, zamawiający uznał w oparciu o reguły wykładni z art. 65 k.c w zw. z art. 14 pzp, iż nie miał dostatecznych podstaw dla przyjęcia, iż oświadczenie woli złożone przez konsorcjum EGIS wykluczało dane ujęte w Wykazie Składników Płatności.

Wobec decyzji Zamawiającego konsorcjum Alcatel-Lucent wniosło w dniu 18 maja 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty podnoszone w proteście i wskazując dodatkowo na różnicę w cenach pomiędzy ofertą wybraną i ofertą odwołującego. W odwołaniu wniesiono o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, dokonanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum EGIS, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty konsorcjum EGIS.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał argumentację zawartą w proteście i w uzupełnieniu stanowiska dotyczącego braku umocowania Pana Krzysztofa Bernatowicza wskazał, iż z treści ogłoszenia (pkt III.2.1) oraz siwz (pkt 7.2.1) wynika obowiązek złożenia dokumentów urzędowych, a nie prywatnych oświadczeń na potwierdzenie umocowania dla Pana Joosten Rik do działania w imieniu Egis Projects S.A. Tymczasem, z załączonych dokumentów urzędowych, które jako jedyne właściwe powinny być brane pod uwagę, nie wynika upoważnienie dla Pana Krzysztofa Bernatowicza do złożenia oferty w imieniu konsorcjum EGIS. Zamawiający natomiast badał prawidłowość ciągłości upoważnień dla Pana Krzysztofa Bernatowicza z uwzględnieniem prywatnego oświadczenia (wyjaśnień), przy ocenie umocowania dla Pana Joosten Rik do działania w imieniu Egis Projects S.A.

Dodatkowo, w odwołaniu przedstawiono szeroką argumentację stanowiska o niedopuszczalności uznania parafki bez opatrzenia jej imieniem i nazwiskiem za podpis osoby upoważnionej. Odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego w odwołaniu podkreślono konieczny przymiot własnoręcznego podpisu dla zachowania formy pisemnej (art. 78 § 1 kc), jako znaku pozwalającego na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. Odwołujący dokonał rozróżnienia własnoręcznego podpisu od parafy, odwołując się do wykładni językowej. Forma pisemna nie została zachowana w przypadku formularza 2.2, pod którym nie widnieje własnoręczny podpis osoby upoważnionej, który to dokument stanowi element oferty wymagany przez zamawiającego.

W odwołaniu wykonawca przedstawił swoje stanowisko względem argumentacji zamawiającego oraz konsorcjum EGIS zawartej w rozstrzygnięciu protestu oraz przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu.

Ad 2) Protest konsorcjum Stalexport dotyczył:

- wyboru oferty konsorcjum EGIS oraz zaniechania jej odrzucenia z uwagi na fakt, iż oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania konsorcjum, a nadto iż treść oferty nie odpowiada treści siwz, a zamawiający nie może poprawić wskazanej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Alcatel-Thales-Budimex, której treść nie odpowiada treści siwz, a zamawiający nie może poprawić wskazanej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- zaniechania wezwania konsorcjum EGIS do złożenia wyjaśnień odnośnie treści gwarancji bankowej,
- zaniechania wezwania konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Thales-Budimex do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechania odrzucenia obu ofert, jako zawierających rażąco niskie ceny.

Na skutek wskazanych uchybień, zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy pzp, § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do oferty konsorcjum EGIS, w proteście podniesiono:

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w związku z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, w proteście wskazano na naruszenie obowiązku wynikającego z siwz oraz wskazanego rozporządzenia, sporządzenia oferty w języku polskim, gdyż na dokumencie pełnomocnictwa z dnia 25 marca 2009 r. znajduje się pieczęć, zawierająca tekst, który nie został przez wykonawcę przetłumaczony. Podobnie na dokumencie, który zgodnie z tłumaczeniem stanowi „wyciąg K BIS REJESTRACJA W REJESTRZE HANDLOWYCH SPÓŁEK wyciąg z dnia 22 marca 2009 roku” znajdują się pieczęcie, w tym pieczęć określona jako „Apostille”, które nie zostały przetłumaczone. Tym samym na dokumentach znajdują się adnotacje, których treść nie jest znana, a w przypadku dokumentu urzędowego (wyciąg rejestracji) dla skutecznego posługiwania się tym dokumentem na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wymagane jest dołączenie klauzuli apostille określonej w art. 4 Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. Klauzula taka powinna być dołączona do dokumentu – pełnomocnictwa sporządzonego z podpisami notarialnie lub urzędowo poświadczonymi. Dokumenty urzędowe sporządzone przez organy innych państw, pozbawione klauzuli apostille nie mogą być uznane za ważne na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a tym samym nie można się nimi skutecznie posługiwać na terenie Rzeczypospolitej

Polskiej. Protestujący uznał, iż zamawiający nie miał możliwości ustalenia pełnej treści dokumentów, które nie zostały w całości przetłumaczone, jak również ustalenia, czy dokumenty te wymagają dołączenia klauzuli apostille i czy klauzula apostille o odpowiedniej treści pochodząca od odpowiedniego organu została do dokumentów dołączona. Ponieważ dokumenty te miały upoważniać Pana Krzysztofa Bernatowicza do podpisania oferty w imieniu członków konsorcjum EGIS, w ocenie protestującego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jako złożona przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu, a ich uzupełnienie nie jest w niniejszym postępowaniu możliwe.

2. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp, w proteście zakwestionowano dołączoną do oferty gwarancję bankową nr LG 267/2009/TRA stanowiącą dowód wniesienia wadium, która w swojej treści uwzględnia w pkt 2 nowelizację przepisu art. 46 ust. 4a, która weszła w życie dnia 24 października 2008 r. Ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed wejściem w życie noweli z dnia 4 września 2008 roku, mają zastosowanie przepisy dotychczasowe, a tym samym punkt 2 gwarancji należy uznać za bezskuteczny, gdyż nie ma podstaw prawnych do jego zastosowania. Również w siwz nie wskazano, jako przyczyny zatrzymania wadium sytuacji opisanej w punkcie 2 gwarancji, co prowadzi do wniosku protestującego, iż treść gwarancji jest niezgodna z treścią siwz, a oferta jako niezabezpieczona wadium podlega odrzuceniu. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co wywołało u protestującego podejrzenie naruszenia nie tylko art. 26 ust. 4 ustawy, ale także art. 7 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami pzp, a zamawiający zaniechał czynności, do których podjęcia był zobowiązany.

3. Wskazano na niezgodność treści oferty z siwz w zakresie wykazu osób wskazanych do realizacji zamówienia, co podlegało badaniu na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w oparciu o informacje dotyczące doświadczenia i kwalifikacji osób wskazanych na stanowisko Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy dopuścił konsorcjum EGIS do udziału w postępowaniu. W ofercie konsorcjum wskazało trzech kandydatów na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, natomiast zgodnie z siwz wykonawca powinien wskazać jedną osobę, która będzie pełniła funkcję (klauzula 6.8 Szczególnych Warunków Kontraktu). Wśród wskazanych osób jedynie Pan Oliver Balas był wskazany we wniosku na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, natomiast Pan Krzysztof Olejniczak był wskazany we wniosku jako kandydat na stanowisko eksperta do spraw telekomunikacyjnych. Na tej podstawie protestujący uznał, iż oferta nie odpowiada treści siwz, a zamawiający nie wie czy zamiarem wykonawcy jest powierzenie funkcji Przedstawiciela Wykonawcy wyżej wymienionym osobom łącznie, czy też którejs z nich, a jeżeli tak, to której. Ponadto dwie ze wskazanych w ofercie osób nie posiadają

doświadczenia wymaganego do pełnienia tej funkcji, a jedna z osób była wskazane we wniosku na inne stanowisko. Zamawiający nie ma możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, bez udziału wykonawcy, jak również nie może wystąpić o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż musiałyby one prowadzić do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Na tej podstawie, w ocenie protestującego, oferta konsorcjum EGIS podlega odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp), a wykonawca wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do oferty konsorcjum Alcatel-Lucent zakwestionowano osobę wskazaną w ofercie na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy (Pan Krzysztof Jaksa), która nie była wykazana we wniosku i nie podlegała ocenie pod względem wymaganych kwalifikacji. W ocenie protestującego, osoba Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy, o której mowa w ogłoszeniu o zamówieniu oraz osoba Przedstawiciela Wykonawcy, o której mowa w klauzuli 4.3 warunków ogólnych (FIDIC 1999), to ta sama osoba. Kwestia ta nie budziła wątpliwości nawet u zamawiającego, na co wskazywać ma udzielona odpowiedź z dnia 1 kwietnia 2009 r. Osoba wskazywana w ofercie powinna być tą samą osobą jako wskazano we wniosku na stanowisko Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy, której kwalifikacje były poddane ocenie. Oferta podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a wykonawca wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Lucent, którzy zamierzają skierować na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy inne osoby niż podane we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 pzp). Określone w ogłoszeniu wysokie wymagania dotyczyły osób, za pomocą których wykonawcy wykonają zamówienie, co mogło przyczynić się do ograniczenia liczby wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a ponadto jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia został wykluczony z postępowania na tej podstawie, iż nie wykazał się osobą na stanowisko Dyrektora Generalnego - Przedstawiciela Wykonawcy spełniającą warunki określone w ogłoszeniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w proteście wskazano, iż ceny zaoferowane przez konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Lucent były znacznie niższe od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie projektu (397.469.046,00 PLN), co może prowadzić do wniosku, iż zaoferowane ceny noszą znamiona cen rażąco niskich. Różnica wynosząca prawie 165 milionów złotych pomiędzy najniższą ceną a wartością szacunkową wskazuje albo na niepoprawne szacowanie wartości

przez zamawiającego, albo na zaoferowanie rażąco niskich cen przez obu wykonawców. Bez względu, na to która z tych sytuacji wystąpiła, udzielenie zamówienia nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy, co powoduje niemożliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się szczegółowo do obu kwestionowanych ofert w proteście wskazano:

1. oferta konsorcjum EGIS – cena zaproponowana wynosi około 58 % wartości kosztorysu inwestorskiego, która to różnica powinna wywołać wątpliwości u zamawiającego, tym bardziej, że w 2008 roku w postępowaniu, które zostało unieważnione, a którego przedmiot był niemalże identyczny zaoferowano cenę wyższą. Ponadto, w pozycjach Formularza 2.2. „Wykaz Składników Płatności”: 4, 5, 6, 9, 10, 14, 16, 18-41, 44, 46, 48-51, 52-58, podano ceny wielokrotnie niższe od realnych stawek rynkowych, przez co uzyskano rażąco niską cenę łączną, a ich wartość jest niższa w stosunku do analogicznych pozycji protestującego o 41 %. W proteście szczegółowo opisano kwestionowane pozycje porównując oferowane ceny do zakresu świadczenia, odnosząc się między innymi do poziomu cen określonych w Biuletynach Zagregowanych Sekocenbud dla I kwartału 2009 r. oraz cen pozostałych wykonawców (pozycje 5 i 6 – oferowana cena jest blisko o 56 % niższa od wyceny obu pozycji w poprzednim postępowaniu; pozycje 18, 20, 22, 24, 26, 28, 30, 36, 38, 40 – cena stanowi odpowiednio 63 % i 67% ceny ofert pozostałych dwóch wykonawców; pozycje 19, 21, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35, 37, 39 – wycena pozycji jest niższa odpowiednio o 25% i 23 % od wyceny tych samych pozycji przez pozostałych wykonawców; poz. 44 – wycena jest niższa 11 –krotnie od kolejnego najtańszego oferenta; poz. 46 – wycena jest 3-krotnie niższa od pozycji w ofercie konsorcjum Alcatel; poz. 48, 49, 50, 51 – zważywszy na poziom cen w Biuletynie Zagregowanych Sekocenbud dla I kwartału 2009 r. nie jest możliwe wykonanie wszelkich niezbędnych robót, a wycena jest około 2-krotnie niższa od ofert pozostałych wykonawców; poz. 52 - zważywszy na poziom cen w Biuletynie Zagregowanych Sekocenbud dla I kwartału 2009 r. nie jest możliwe wykonanie wszelkich niezbędnych robót, a wycena jest ponad 2 – krotnie (59%) i ponad 3 – krotnie (71%) niższa od ofert pozostałych wykonawców, poz. 54 i 56 - zważywszy na poziom cen w Biuletynie Zagregowanych Sekocenbud dla I kwartału 2009 r. nie jest możliwe wykonanie wszelkich niezbędnych robót, a wycena stanowi 67% oraz 73% ofert pozostałych dwóch wykonawców).
2. oferta konsorcjum Alcatel-Lucent - cena zaproponowana wynosi około 59 % wartości kosztorysu inwestorskiego, która to różnica powinna wywołać wątpliwości u zamawiającego. W proteście porównano poszczególne pozycje formularza 2.2. „wykazu składników płatności” z wyceną analogicznych pozycji dokonaną przez składającego protest, których łączna wartość jest niższa o 53 %, a podane ceny są

wielokrotnie niższe od realnych stawek rynkowych. Przykładowo, poz. 1 i 2 – nie jest możliwe wypełnienie wszelkich niezbędnych robót i warunków kontraktu, poz. 42 i 43 – ich wycena jest prawie 25-krotnie niższa od ceny kolejnej najniższej oferty i ponad 25 % niższa od wyceny poprzedniej oferty konsorcjum Alcatel, poz. 4 – wycena pozycji jest niższa o 45 % w stosunku do wcześniejszej wyceny w poprzednim przetargu, poz. 5 i 6 – nie jest możliwe wykonanie całości świadczenia za podaną kwotę, poz. 34 - zważywszy na poziom cen w Biuletynie Zagregowanych Sekocenbud dla I kwartału 2009 r. nie jest możliwe wykonanie wszelkich niezbędnych robót, a wycena robót na każdej ze Stacji Poboru Opłat powinny być zbliżone, a w pozycji 34 odbiega ona rażąco od pozostałych, ponadto w odniesieniu do ofert dwóch pozostałych wykonawców jest odpowiednio 8-krotnie oraz 5 – krotnie niższa, jak również 10-krotnie niższa od wyceny z poprzedniej oferty konsorcjum Alcatel, poz. 42 i 43 – zważywszy na zakres nie jest możliwe wykonanie wszelkich niezbędnych robót oraz wyposażenia, a ponadto jest ona niższa 7 oraz 6 – krotnie od analogicznych pozycji w dwóch pozostałych ofertach, oraz ponad 5 – krotnie od wyceny z poprzedniej oferty, poz. 54 - zważywszy na poziom cen w Biuletynach Zagregowanych Sekocenbud dla I kwartału 2009 r. nie jest możliwe wykonanie wszelkich niezbędnych robót i nie jest porównywalna z wyceną pozycji 56, choć zakres prac jest zbliżony.

Zamawiający oddalił protest w całości w dniu 7 maja 2009 roku jako bezzasadny. W zakresie tłumaczenia dokumentów zagranicznych, zamawiający wskazał, iż złożone w oryginale pełnomocnictwo w angielskiej oraz polskiej wersji językowej nie wymagało tłumaczenia poświadczonego przez wykonawcę, gdyż był to dokument w języku polskim. Nadto z uwagi na przedłożenie oryginału dokumentu pełnomocnictwa, ewentualne tłumaczenie na język polski oświadczenia francuskiego notariusza było zbędne. W ocenie zamawiającego, zarówno z unormowań prawa zamówień publicznych, jak i konwencji haskiej nie można wyprowadzić obowiązku posługiwania się zagranicznym dokumentem urzędowym opatrzonego Apostille. Zamawiający odwołał się do istoty postanowień Konwencji haskiej polegającej na zwolnieniu z obowiązku legalizacji dokumentów sporządzonych na terytorium jednego z państw-stron Konwencji jeżeli dokument ten ma być przedstawiony na terenie innego państwa-strony Konwencji. Jediną czynnością, która może być wymagana w celu poświadczania autentyczności podpisu, charakteru, w jakim działa osoba, która podpisała dokument oraz w razie potrzeby, tożsamość pieczęci lub stempla, którym opatrzony jest dokument, jest dołączenie Apostille wydanej przez właściwy organ państwa, z którego dokument pochodzi. Wskazuje to, iż Apostille nie odnosi się do treści zawartości dokumentu urzędowego, a jej ewentualny brak nie dyskwalifikuje automatycznie treści takiego

dokumentu. Obowiązek legalizacji dokumentu urzędowego nie może być wymagany gdy ustawy, inne przepisy prawne lub praktyka obowiązująca w Państwie, w którym dokument jest przedłożony, lub umowa między dwoma lub większą liczbą Umawiających się Państw, zniosły lub uprościły legalizację lub zwolniły taki dokument z legalizacji (art. 3 Konwencji). W ocenie Zamawiającego wykonawców nie wiąże w zakresie prawa zamówień publicznych bezwzględny reżim certyfikacji Apostille, które to stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29 czerwca 2006 r. UZP/ZO/0-1889/06. Ponadto, ewentualny brak tłumaczenia Apostille nie oznaczałby nieznanomości treści lub znaczenia Apostille, która sporządzana jest według wzoru załączonego do Konwencji i może być sporządzona w języku urzędowym wydającego ją organu.. Ustalenie jej treści i znaczenia nie następuje zatem większych trudności, a brak tłumaczenia na język polski Apostille nie stanowi braku tłumaczenia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, a jej treść wynika wprost z powszechnie obowiązujących przepisów prawa – umowy międzynarodowej, której Polska jest stroną.

W zakresie osób wskazanych na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, zamawiający odwołał się do zasad wykładni oświadczenia woli (art. 65 §1 k.c.) w celu ustalenia treści oferty i jej zgodności w sensie materialnym z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdzenie „niezgodności” wymaga każdorazowo badania okoliczności konkretnej sprawy i należy ją pojmować w ścisłym, cywilistycznym tego słowa znaczeniu. Niezgodność w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zamawiający uznaje wówczas, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w taki sposób, że uniemożliwia jego (przedmiotu) realizację w całości. Zamawiający stwierdził, iż treść ofert konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Lucent nie jest niezgodna z treścią siwz, gdyż ze sposobem wypełnienia jednej rubryki formularza 2.1 („Przedstawiciel Wykonawcy”) nie wiążą się dla zamawiającego żadne negatywne konsekwencje. Wykonawcy składając ofertę zobowiązali się w przypadku podpisania umowy do skierowania do wykonania zamówienia osoby wskazane we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (punkt III.2.1. In fine ogłoszenia), a wraz z wnioskiem składali stosowne oświadczenie, które to zobowiązanie nie wygasło. Żaden z wykonawców nie wycofał danego eksperta. Również ze względu na warunki FIDIC i klauzulę 4.3 nie występuje ryzyko realizacji umowy w sposób niezgodny ze specyfikacją. Wykonawca musi uzyskać zgodę na osobę wyznaczaną na Przedstawiciela Wykonawcy, a zamawiającemu przysługuje roszczenie o kierowanie przez wykonawców do wykonania umowy personelu z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W aktualnym stadium postępowania nie powinno ulegać wątpliwości, że każdy z wykonawców dysponuje personelem zdolnym do zrealizowania zamówienia.

W odniesieniu do podniesionego zarzutu rażąco niskiej ceny w obu najtańszych ofertach, zamawiający podkreślił, iż nie budziły one jego wątpliwości, a tym samym nie występował do

wykonawców o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający stwierdził, że poziom cenowy dwóch na trzy oferty był bardzo zbliżony, a oferty te są porównywalne. Zamawiający wskazał na charakter ceny ustalonej jako ryczałtowa, zawierającej wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące, o których mowa w tomach II-III siwz. Obowiązkiem wykonawców była wycena wszystkich pozycji opisanych w Wykazie Składników Płatności razem z kosztami towarzyszącymi. Zamawiający zwrócił uwagę na charakter zamówienia – „Projekt i Budowa”, gdzie do wykonawców należy szczegółowe określenie składników wartości pozycji ryczałtowych, a tym samym poszczególne pozycje nie musiały reprezentować takiej samej listy szczegółowych elementów. Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert pod kątem zaofferowanych cen miał na uwadze różne czynniki, w tym cechy konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfikę oraz rynek robót budowlanych. Zamawiający przedstawił w formie tabelarycznej zestawienie cen zaofferowanych w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia przez tych samych wykonawców, które były wyższe i potwierdzają tendencję spadkową, również w przypadku wykonawcy wnoszącego protest, który dokonał redukcji ceny o ponad 38 %, większej w przypadku pozostałych dwóch wykonawców (odpowiednio 31 % i 13 %). Tendencję spadkową zamawiający wykazywał również w odniesieniu do innych postępowań na roboty budowlane.

W zakresie zarzutu podniesionego względem gwarancji bankowej złożonej w ofercie konsorcjum EGIS, zamawiający odwołał się do istoty wadium, sprowadzającej się do zabezpieczenia zapłaty określonej sumy pieniężnej. Przed nowelizacją art. 46 ust. 4 a funkcja ta wiązała się jedynie z etapem następującym po wyborze oferty. Gwarancja załączona do oferty zawiera zbędną klauzulę, która uwzględnia znowelizowany przepis, co jednak nie stwarza jakiegokolwiek ryzyka dla Zamawiającego w dochodzeniu roszczenia o wypłatę sumy gwarancyjnej przez bank. Gwarancja obejmuje każdy przypadek przewidziany prawem, a zbędna dodatkowa klauzula nie niweczy istnienia zobowiązania gwaranta. W tej sytuacji, zamawiający uznał za zbędne wzywaniem wykonawcy do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp. i niedopuszczalne ze względów proceduralnych, gdyż nie ma możliwości poprawienia błędnej gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert (po terminie składania ofert), a zamawiający nie ma podstaw do uznania wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

W wyniku takiego rozstrzygnięcia konsorcjum Alcatel-Lucent wniosło w dniu 18 maja 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście, wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i

oceny ofert konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Lucent, odrzucenia obu ofert jako niezgodnych z treścią siwz i wykluczenie obu wykonawców, którzy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, ewentualnie nakazanie wezwania obu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odwołaniu wykonawca kwestionował prawidłowość argumentacji zamawiającego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestników postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należało stwierdzić, iż obaj odwołujący legitymują się interesem prawnym do wniesienia odwołań wobec oddalenia przez zamawiającego protestów dotyczących oferty wybranej jako najkorzystniejsza, a w przypadku konsorcjum Stalexport również drugiej w kolejności oferty konsorcjum Alcatel-Lucent.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w obu odwołaniach wobec oferty najkorzystniejszej i dotyczących braku umocowania osoby podpisującej ofertę w imieniu konsorcjum EGIS, skład orzekający uznał, iż z załączonych do oferty dokumentów wynika umocowanie Pana Krzysztofa Bernatowicza do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum EGIS, a oferta jako ważna nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp. Na stronie 4 oferty konsorcjum EGIS znajduje się pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2009 r. udzielone przez lidera konsorcjum w imieniu konsorcjum EGIS między innymi Krzysztofowi Bernatowiczowi do reprezentowania członków konsorcjum, ważne do dnia 31.12.2009 r. Pełnomocnictwo podpisane zostało przez Dyrektora Generalnego EGIS PROJECTS S.A. i sporządzone zostało w dwóch językach, angielskim i polskim. Podpis jest oryginalny i umożliwia identyfikację osoby, która go złożyła, co oznacza iż zachowana została forma pisemna oświadczenia. Osoba podpisująca pełnomocnictwo uwidoczniła została w rejestrze handlowym spółek (wyciąg K BIS z dnia 22 marca 2009 r.), jako dyrektor generalny pełnomocny, obok Prezesa Zarządu i Dyrektora Generalnego (str. 9 oferty). Zgodnie z kodeksem handlowym francuskim (artykuł L255-56) „II W porozumieniu z prezesem, zarząd określa zakres i okres trwania uprawnień nadanych delegowanym dyrektorom generalnym. Delegowani dyrektorzy generalni dysponują, w stosunku do osób trzecich, takimi samymi uprawnieniami jak prezes”. Jak

wynika z przepisu, Prezes posiada najszersze uprawnienia do działania we wszystkich sprawach w imieniu spółki i reprezentuje ją w kontaktach z osobami trzecimi. W tych okolicznościach, skład orzekający uznał, iż z treści załączonego wyciągu z rejestru handlowego wynika umocowanie Pana Rik Joosten do reprezentowania spółki EGIS PROJECTS S.A. Odwołujący konsorcjum Alcatel-Lucent zarzuciło brak załączenia do oferty statutu spółki, z którego wynikać miałyby zakres i okres trwania uprawnień nadanych dyrektorowi generalnemu przez zarząd. Obowiązek taki nie wynika jednak ani z treści siwz, ani postanowień 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.). W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagane jest ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania albo reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 ustawy pzp). Członek konsorcjum Strabag Sp. z o.o. ustanowiło swoim pełnomocnikiem w postępowaniu EGIS PROJECTS S.A (str. 12 oferty), w którego imieniu w postępowaniu działa Dyrektor Generalny Pełnomocny. Jego upoważnienia do jednoosobowej reprezentacji, odwołujący skutecznie nie podważyli, chociażby na podstawie statutu, który jak wynika z artykułu L255-56 I podlegać może publikacji. W toku rozprawy konsorcjum Alcatel-Lucent wyjaśniło, iż nie podejmowało kroków w celu uzyskania statutu spółki, co obciążało odwołującego, który wywodził skutki prawne z zarzutu braku umocowania Rik Joosten do reprezentowania spółki ustanowionej liderem konsorcjum. Izba nie uznała również za zasadne twierdzenie, jakoby pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2009 r., z którego wynika umocowanie dla Krzysztofa Bernatowicza, opatrzone pieczęcią notariusza, nie było sporządzone w języku polskim. Brak tłumaczenia treści pieczęci naniesionej pod treścią pełnomocnictwa nie stanowi o braku możliwości ustalenia treści oświadczenia mocodawcy, które sporządzone zostało w dwóch językach. Treść pełnomocnictwa jest zrozumiała i pozwala na ustalenie zakresu umocowania pełnomocnika działającego na jego podstawie. Pełnomocnictwo takie nie narusza wymogu sporządzenia oferty w języku polskim. Izba nie uznała braku Apostille na pełnomocnictwie za wadę powodującą nieważność udzielonego pełnomocnictwa. Powoływana przez odwołujące konsorcjum Stalexport klauzula zastępuje legalizację dokumentu urzędowego sporządzonego na terenie innego państwa niż to na terenie, którego dokument jest przedkładany. Konwencja Haska zastępuje dotychczas stosowaną w odniesieniu do dokumentów urzędowych legalizację konsularną, tzw. klauzulą apostille (w sytuacjach, gdy legalizacja ta była wymagana przez odpowiednie przepisy prawa polskiego, tj. art. 1138 kodeksu postępowania cywilnego). Zgodnie z art. 3 ustępu drugi Konwencji, dołączenie apostille nie może być wymagane, gdy ustawy, inne przepisy prawne lub praktyka obowiązująca w Państwie, w którym dokument jest przedłożony, lub umowa pomiędzy dwoma lub większą liczbą Umawiających się Państw,

zniosły lub uprościły legalizację lub zwolniły taki dokument z legalizacji. Na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie wprowadzono obowiązku legalizacji dokumentów urzędowych w rozumieniu Konwencji. Tym samym zarzut braku opatrzenia dokumentu podpisanego przez osobę działającą w charakterze prywatnym z notarialnym poświadczeniem podpisu nie znajduje potwierdzenia w naruszeniu przepisów prawa krajowego i nie uzasadnia twierdzenia, że pełnomocnictwo nie może być skuteczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto, należy zauważyć, iż na wcześniejszym etapie postępowania wykonawcy nie kwestionowali pełnomocnictwa Pana Krzysztofa Bernatowicza załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chociaż było ono identyczne z załączonym do oferty (a jedyna różnica wynika z daty ważności pełnomocnictwa).

Z tych samych względów, Izba nie uwzględniła zarzutu braku przetłumaczenia apostille dołączonej do dokumentu stanowiącego wyciąg K bis rejestracji w rejestrze handlowym spółek EGIS PROJECTS S.A. Brak tłumaczenia naniesionej pieczęci umieszczonej po drugiej stronie końca wyciągu nie stanowi podstawy odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp). W szczególności należy wskazać, iż apostille nie odnosi się do treści dokumentu, a zatem brak jej tłumaczenia nie ma żadnego wpływu na treść oferty, której „niezgodność” z siwz wskazywać musi na element merytoryczny kwestionowanego dokumentu.

W zakresie braku podpisu pod formularzem 2.2 i 2.3 w ofercie konsorcjum EGIS, skład orzekający uznał, iż nie jest to brak dyskwalifikujący ofertę, jako niezgodną z treścią siwz. W szczególności stanowisko Izby wynika z faktu, iż załącznik 2.2. „Wykaz składników płatności” został przygotowany przez zamawiającego w sposób wskazujący na jego pomocniczy charakter w stosunku do treści oferty. Załącznik ten był przygotowywany w celu ustalenia harmonogramu płatności i zarządzania zmianami na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający, odmiennie niż w przypadku formularza 2.1 – załącznik do oferty, nie przewidział miejsca do złożenia podpisu, co uprawniało wykonawców do parafowania stron formularzy. W ocenie składu orzekającego brak ten nie dotyczy niezgodności treści oferty z siwz, w której nie określono szczegółowego harmonogramu płatności, a samo rozbitcie ceny oferty na poszczególne jej składowe nie ma wpływu merytorycznego na treść oferty, której cena wynika z formularza ofertowego. Ponadto, jak wynika z siwz (po zmianie z dnia 26.03.2009r.), wykaz składników płatności stanowi, między innymi obok oferty wraz z załącznikiem do oferty (formularz 2.1), część Kontraktu.

W odniesieniu do zarzutu braku skutecznego potwierdzenia za zgodność z oryginałem odpisu z KRS członka konsorcjum Strabag Sp. z o.o., skład orzekający stwierdził, iż kwestionowany dokument znajduje się na stronie od 13 do 21 oferty. Na każdej stronie dokumentu widnieje pieczęć „Za zgodność z oryginałem” wraz z odrębną parafą.

Wprawdzie naniesiona parafa nie może być uznana za podpis pełnomocnika wykonawcy, jaki widnieje między innymi na stronie 3 oferty (pod ofertą), czy też str 24 (załącznik 2.1 do oferty), jednak w ocenie składu orzekającego jest to znak graficzny jaki widnieje na pozostałych stronach oferty. Ponadto, załączony do oferty odpis z KRS został załączony do pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum z dnia 12 marca 2009 r., złożonego również wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie był kwestionowany na wcześniejszym etapie postępowania. Skład orzekający uznał, iż załączony do oferty odpis KRS tylko jednego z członków konsorcjum ma jedynie na celu potwierdzenie skuteczności udzielonego pełnomocnictwa, przez osoby działając w imieniu spółki zgodnie ze sposobem reprezentacji uwidocznionym w KRS. Sposób reprezentacji nie był sporny, jak również nie kwestionowano zakresu umocowania osób działających w imieniu spółki. Tym samym zarzut sprowadzał się do formy dokumentu, tj. pisemności, a nie zgodności treści oferty z siwz. Zgodnie z pkt 7.5 siwz oferta powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy. W tak ustalonych okolicznościach faktycznych, skład orzekający uznał, iż załączony do oferty odpis z KRS nie był konieczny do potwierdzenia umocowania pełnomocnika konsorcjum do złożenia, parafowania i podpisania oferty składanej w niniejszym postępowaniu, co wynika wprost z treści pełnomocnictwa. Sam sposób reprezentacji jednego z członków konsorcjum wynika z dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które nie były sporne, a tym samym załączony do oferty odpis nie ma znaczenia merytorycznego dla oferty i nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia. W tym miejscu skład orzekający dodatkowo podkreśla, iż podstawą odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią siwz może stanowić jedynie merytoryczna treść danej oferty. Jak wskazał w swoim wyroku Sad Okręgowy w Poznaniu (sygn X Ga 140/08 z 12.06.2008r), niedokładności w dokumentach dołączonych do oferty polegające na braku parafowania lub sposobie parafowania stron nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz.

W zakresie zarzutu braku zabezpieczenia oferty konsorcjum EGIS wadium, skład orzekający uznał, iż załączona do oferty na stronie 30 i 31 gwarancja wadium nr LG 267/2009/TRA zabezpiecza wypłatę świadczenia pieniężnego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 1 ustawy pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Dodanie dodatkowej okoliczności, wprowadzonej w dodanym na skutek nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku ustępie 4a, nie pozbawia ważności oświadczenia gwaranta, który zobowiązał się dokonać „niezwłocznie na każde pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż kwota roszczenia jest należna w związku z zajściem zdarzenia lub zdarzeń określonych w punkcie 1 lub 2 powyżej,

wskazując to zdarzenie”. Wskazany punkt 2 gwarancji dotyczy okoliczności wskazanej w ust. 4 a art. 46 (po nowelizacji). Izba nie stwierdziła niezgodności zakresu gwarancji wadialnej z treścią siwz, która spełnia oczekiwania zamawiającego co do podstaw żądania zapłaty wadium, a tym samym oferta konsorcjum EGIS jest zabezpieczona wadium, a wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Zamawiający nie miał również podstaw do żądania, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu wadium, którego treść nie budzi wątpliwości.

W zakresie zarzutów wspólnych w odniesieniu do oferty konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Lucent, podniesionych w odwołaniu konsorcjum Stalexport, skład orzekający dokonał wspólnych ustaleń mających odniesienie do obu ofert. W zakresie zarzutu dotyczącego osób wskazywanych w formularzu 2.1 na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, ustalono, iż wykonawcy zostali zobowiązani już w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.1 ostatnie zdanie) do skierowania do wykonania zamówienia osób wskazanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym w odpowiedzi na niniejsze ogłoszenie. Dyrektor Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy był jednym z kandydatów wskazywanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ocenianym przez zamawiającego pod kątem wykształcenia oraz zdobytego doświadczenia. Wykonawcy we wnioskach składali zobowiązanie do skierowania do wykonania zamówienia osób wskazywanych we wniosku (str. 167 oferty konsorcjum Alcatel-Lucent, oraz cz. III.2.1)2. oferty konsorcjum EGIS). Następnie, wykonawcy zaproszeni do składania ofert wypełniali formularz 2.1, stanowiącym załącznik do oferty, w którym wskazywali między innymi Przedstawiciela Wykonawcy, określonego w warunku 4.3 FIDIC (żółty) – działającego w imieniu Wykonawcy według Kontraktu. W ocenie składu orzekającego osoba wskazywana w formularzu oferty w załączniku nr 2.1 powinna być tą samą osobą, którą wykonawca wskazał we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w celu potwierdzenia dysponowania potencjałem kadrowym przy wykonaniu niniejszego zamówienia. Dopuszczenie do zmiany osoby, która nie poddana ocenie pod względem spełniania warunku udziału w postępowaniu, prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Również sam zamawiający przyznał, iż oczekiwał wskazania tych samych osób w ofertach, chociaż zgodnie z warunkiem 4.3 istnieje możliwość zmiany osoby Przedstawiciela Wykonawcy pod warunkiem uzyskania na nią zgody. W ocenie składu orzekającego dopuszczalność zmiany na etapie wykonania kontraktu nie oznacza możliwości zmiany osób na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż prowadziłoby to do dokonania wyboru oferty wykonawcy, który nie potwierdza wymaganego potencjału kadrowego. Okoliczność wcześniejszego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu nie wyklucza możliwości zmiany sytuacji wykonawcy, a zamawiający nie byłby uprawniony do przyjęcia zmiany osób, jeżeli wykonawca nie

potwierdził ich doświadczenia oraz wykształcenia, zgodnie z ustalonymi warunkami. Odwołujący słusznie wskazywał, że prowadziłoby to do rażącego naruszenia przepisów ustawy, gdyż wykonawcy mogliby wprowadzić do postępowania osoby, które nie spełniają warunków postępowania. Mając powyższe ustalenia na względzie, skład orzekający stwierdził w odniesieniu do oferty konsorcjum EGIS, iż jedna z trzech osób wymienionych w formularzu 2.1 oferty była wymieniona we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełniała warunki udziału w postępowaniu dla Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy (Olivier Balas). W tych okolicznościach nie można było potwierdzić zarzutu niezgodności oferty z siwz, pomimo, iż w formularzu znalazły się dodatkowo dwie osoby, z których jedna we wniosku wskazywana była na stanowisko eksperta do spraw telekomunikacyjnych, którego doświadczenia oraz wykształcenia nie kwestionowano. Tym samym nie było podstaw do stwierdzenia podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do oferty konsorcjum Alcatel-Lucent, Izba potwierdziła dokonanie zmiany w ofercie osoby wskazywanej we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stanowisko Dyrektora Kontraktu – Roman Perez (w ofercie Krzysztof Jaksza – str. 5). Mając jednak na uwadze treść art. 191 ust. 1a ustawy pzp, mającego zastosowanie w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą z dnia 4 września 2008 r., Izba oddaliła odwołanie konsorcjum Stalexport, gdyż naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp nie miało wpływu na wynik postępowania, w okoliczności utrzymania przez Izbę wyniku postępowania.

W zakresie zarzutu złożenia przez konsorcjum EGIS oraz konsorcjum Alcatel-Lucent ofert zawierających rażąco niskie ceny, skład orzekający oddalił odwołanie konsorcjum Stalexport, które nie udowodniło stawianego zarzutu. W szczególności, dowodem tym nie jest porównanie cen pomiędzy dwiema najtańszymi ofertami a wartością szacunkową zamówienia. Izba uznała, iż zamawiający dokonał szczegółowej analizy zaoferowanych cen pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, na co wskazuje treść rozstrzygnięcia protestu, której wyniki nie uzasadniały wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Jak wynika z okoliczności faktycznych różnica pomiędzy dwiema najtańszymi ofertami nie jest rażąca, a składając oferty w przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy dokonali redukcji cen zaproponowanych we wcześniejszym unieważnionym na ten sam przedmiot zamówienia postępowaniu, co Izba uznała za efekt mechanizmu konkurencji, a nie przejaw nieuczciwych praktyk. Również sam odwołujący, co nie było sporne pomiędzy stronami i nie wymagało przeprowadzenia dowodu z dokumentacji unieważnionego postępowania, dokonał najwyższej redukcji ceny w stosunku do ofert dwóch pozostałych wykonawców, a różnica w cenie aktualnie przez niego zaproponowanej w stosunku do wartości szacunkowej

zamówienia również jest znaczna, choć w okolicznościach faktycznych nie rażąca (ponad sto milionów złotych).

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*