

Sygn. akt: KIO 2759/12

WYROK

z dnia 4 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca
Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A., Dalekovod D.D., 30-048 Kraków, ul. K. Czapińskiego 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., 05-520 Konstancin Jeziorna, ul. Warszawska 165**

przy udziale wykonawcy **Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., 30-703 Kraków, ul. Dekerta 24** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A., Dalekovod D.D., 30-048 Kraków, ul. K. Czapińskiego 3** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A., Dalekovod D.D., 30-048 Kraków, ul. K. Czapińskiego 3** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., 05-520 Konstancin Jeziorna, ul. Warszawska 165 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Budowę dwutorowej linii 400 kV Ostrołęka – Olsztyn Mątki z czasową pracą jednego toru na napięciu 220 kV w relacji Ostrołęka – Olsztyn”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

5 grudnia 2012 r. w formie faksu zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE S.A., Dalekovod D.D., 30-048 Kraków, ul. K. Czapińskiego 3 (dalej: „odwołujący”) o wyniku prowadzonego postępowania. Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawcy Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., 30-703 Kraków, ul. Dekerta 24 (dalej: „przystępujący” lub „Aldesa”).

13 grudnia 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu wykonanie w prowadzonym postępowaniu czynności niezgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący twierdził, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, 2b i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu dokonanie:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- czynności wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania;
- czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że zamawiający pismem z dnia 8 października 2012 r. wezwał wykonawcę Aldesa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentów m. in. tj.:

1. podpisanego zobowiązania innego podmiotu (Aldesa Construcciones S.A.) do oddania do dyspozycji wybranego wykonawcy środków finansowych niezbędnych

do wykonania zamówienia, zgodnie z pkt 8.16 części I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) oraz załącznikiem nr 2 do części III siwz. Zamawiający wskazał, że w ofercie wybranego wykonawcy (str. 5 oferty Aldesa) znajduje się zobowiązanie nie podpisane przez podmiot zobowiązujący się do oddania do dyspozycji wybranemu wykonawcy środków finansowych;

2. zobowiązania do oddania do dyspozycji Aldesa posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia w zakresie wykonanych robót budowlanych wystawionego przez firmę AMETEL.

Odwołujący wskazywał, że dodatkowo zamawiający w wezwaniu poinformował, że dokumenty złożone w wyniku wezwania winny potwierdzać spełnianie przez wybranego wykonawcę określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający zamieścił także informację, że dokumenty sporządzone w języku obcym należy załączyć wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

Wykonawca Aldesa pismem, z dnia 12 października 2012 r. odpowiedział na wezwanie, uzupełniając niektóre dokumenty, a co do kwestii braku uzupełnienia innych dokumentów złożył wyjaśnienia.

I.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający bezpodstawnie uznał wyjaśnienia wybranego wykonawcy jako zastępujące bezbłędny dokument w postaci prawidłowo podpisanego zobowiązania, do którego uzupełnienia wezwał wybranego wykonawcę. Twierdził również, że Pan M..... O..... L..... bezpodstawnie przyjął na swojego mocodawcę - spółkę Aldesa Construcciones zobowiązanie (str. 5) w postaci udostępnienia wybranemu wykonawcy środków finansowych w wysokości 100.000.000,00 zł (sto milionów złotych). W ocenie odwołującego § 4 pełnomocnictwa w postaci aktu notarialnego nie upoważnia Pana M..... O..... L..... do zaciągania takich zobowiązań. Podnosił, że § 4 pkt 2 pełnomocnictwa upoważnia Pana M..... O..... L..... do składania wszelkich wniosków i oświadczeń, w tym o charakterze podatkowym, wyjaśnień i gwarancji we wszystkich sprawach, które nie wykraczają poza dziedzinę ogólnego (prawidłowego) administrowania (zarządzania) spółką. W opinii odwołującego Pan M..... O..... L....., w zakresie innym niż uczestnictwo spółki Aldesa Construcciones w postępowaniach o zamówienia publiczne i ubiegania się o koncesje o roboty publiczne oraz zawierania umów na rzecz spółki, posiadał uprawnienia ograniczone do wykonywania czynności zwykłego zarządu spółką. Zobowiązanie do udostępnienia przez spółkę Aldesa Construcciones innemu podmiotowi środków finansowych w wysokości 100.000.000,00 zł - zdaniem

odwołującego - bez wątpienia wykracza poza sferę zwykłego zarządu spółką. Zatem zobowiązanie Pana M..... O..... L..... w imieniu spółki Aldesa Construcciones, jako wykraczające poza sferę uprawnień wynikających z pełnomocnictwa, nie ma mocy zobowiązującej względem spółki, a tym samym, na podstawie takiego zobowiązania wybrany wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował zasobem Aldesa Construcciones w postaci środków finansowych w wysokości wymaganej postanowieniem pkt 7.2.3 siwz, tj. w wysokości 100.000.000,00 zł. W ocenie odwołującego powyższe oznacza także, że Aldesa nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania środkami finansowymi w wysokości określonej w pkt 7.2.3 siwz a zatem winien zostać z tego postępowania wykluczony. Zamawiający nie dokonując wykluczenia wykonawcy z postępowania naruszył art. 26 ust. 2a i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ponadto zamawiający uznając na podstawie wadliwego zobowiązania za udowodnione dysponowanie przez Aldesa środkami finansowymi spółki Aldesa Construcciones naruszył także art. 26 ust. 2b ustawy. Ponadto odwołujący wskazywał, że Aldesa zbagatelizował możliwość uzupełnienia wadliwego zobowiązania innego podmiotu poprzez odstąpienie od jego uzupełnienia i zastąpienie czynności uzupełnienia dokumentu, żądanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wyjaśnieniami, którymi niestety wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował środkami finansowymi innego podmiotu. Po raz drugi z takiej możliwości Aldesa nie może skorzystać, bowiem czynność wezwania wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia tego samego dokumentu nie może być powtórzona.

II.

Odwołujący podnosił, że Aldesa wyjaśnił, że oryginalne zobowiązanie firmy AMETEL, zostało załączone do oferty (str. 6 oferty). Ze względu na to, że jest to zobowiązanie w języku obcym, uzupełnił żądane przez zamawiającego tłumaczenie tego zobowiązania na język polski, poświadczony przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Po analizie treści ww. zobowiązania odwołujący podnosił, że nie wynika z niego iż Aldesa będzie dysponować udostępnianą przez AMETEL wiedzą i doświadczeniem. Odwołujący wyjaśniał, że AMETEL zobowiązał się do udostępnienia zamawiającemu wiedzy i doświadczenia, uszczegóławiając że chodzi o udostępnienie referencji. Twierdził, że Aldesa zobowiązaniem podmiotu AMETEL miał udowodnić, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu, tymczasem w opinii odwołującego udowodnił, że to nie on, ale zamawiający będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem, i to w sposób szczególny, bo poprzez dysponowanie przez zamawiającego referencjami podmiotu AMETEL. Zatem wybrany wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu AMETE, tym samym nie wykazał, że spełnia warunek, określony w postanowieniu

pkt 7.2.1 siwz, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia nabytych przy wykonaniu robót budowlanych określonych w specyfikacji.

Odwołujący wyjaśniał również, że zamawiający ułatwił wykonawcom udowadnianie dysponowania wiedzą i doświadczeniem innych podmiotów w drodze przedstawiania zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobu. Dokonał tego poprzez załączenie do siwz załącznika nr 3, który po uzupełnieniu wykropkowanych fragmentów stanowi gotowe zobowiązanie do podpisania. Aldesa nie skorzystał z tego ułatwienia. Zdaniem odwołującego Aldesa nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu zatem winien zostać wykluczony z prowadzonego postępowania. Zamawiający nie dokonując wykluczenia wykonawcy z postępowania naruszył art. 26 ust. 2a i art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy. Ponadto zwracał uwagę, że zamawiający uznając na podstawie wadliwego zobowiązania za udowodnione dysponowanie przez Aldesa wiedzą i doświadczeniem podmiotu AMETEL naruszył także art. 26 ust. 2b ustawy. Wybrany wykonawca wykorzystał możliwość uzupełnienia wadliwego zobowiązania innego podmiotu, żądanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy. W tym zakresie odwołujący prezentował tożsamą argumentację jak w zakresie zarzutu opisanego w pkt I powyżej.

III.

Następnie odwołujący wskazywał, że Aldesa nie udowodnił także, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu - ARDANUY INGENIERIA w zakresie projektowania. Wyjaśniał, że posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia przez wykonawców tym zakresie określa postanowienie pkt 7.2.2 siwz. Aldesa załączył do oferty (str. 8 oferty) dokument zawierający tłumaczenie na język polski zobowiązania podmiotu ARDANUY INGENIERIA S.A. W opinii odwołującego z dokumentu tego nie wynika, że Aldesa będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu. Jego zdaniem z treści zobowiązania wynika, że podmiot ARDANUY INGENIERIA udostępnia wiedzę i doświadczenie wynikające i potwierdzone przez referencję wystawioną spółce Aldesa, działającej w charakterze podwykonawcy. Takie twierdzenie w ocenie Konsorcjum jest niespójne. Podnosił, że Aldesa nie załączył do oferty tej referencji. Zdaniem odwołującego ARDANUY INGENIERIA nie mógł udostępnić wiedzy i doświadczenia wynikającego nie ze swojej referencji. Zatem wybrany wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem powyższego podmiotu, a tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania.

Odwołujący zwracał uwagę, że Aldesa i w tym przypadku nie skorzystał z załącznika nr 3 do siwz. W sytuacji gdy wykonawca, który nie wykazał załączonymi do oferty dokumentami

spełniania warunku udziału w postępowaniu winien zostać wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający nie wezwał wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania podmiotu ARDANUY INGENIERIA, jednakże w ocenie odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający mógł odstąpić od wzywania Aldesa do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania innego podmiotu, bowiem wybrany wykonawca i tak podlegał wykluczeniu, o czym mowa wyżej, a jego oferta jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu wiana została uznana za odrzuconą. Na odstąpienie od czynności wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zezwala właśnie ten przepis, Jednak skoro zamawiający nie wykluczył wybranego wykonawcy z postępowania i nie uznał jego oferty za odrzuconą, to powinien wezwać wybranego wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu - zobowiązania podmiotu AKDANUY INGENIERIA. Nie dokonując wzywania do uzupełnienia dokumentu zamawiający naruszył art. 26 ust 3 ustawy.

IV.

Następnie odwołujący podnosił, że zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien być z postępowania wykluczony a tym samym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

17 grudnia 2012 r. z poszanowaniem art. 185 ust 2 Pzp w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył Aldesa.

2 stycznia 2013 r. do Izby wpłynęło pismo procesowe przystępującego w którym odniósł się do poszczególnych zarzutów sformułowanych w odwołaniu. I tak:

W toku rozprawy zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie w treści której wskazał na bezzasadność zarzutów odwołania. W związku z tym wnosił o jego oddalenie. W piśmie odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania.

Zarzut braku wykazania zdolności finansowej.

Zamawiający wyjaśniał, że badając wyjaśnienia złożone przez Aldesa, jak też treść pełnomocnictwa uznał, że pan M..... O..... L..... był uprawniony do podpisania

zobowiązania do oddania do dyspozycji środków finansowych, działając w imieniu Aldesa Construcciones. Umocowanie takie wynika z § 4 pełnomocnictwa udzielonego mu w dniu 16 marca 2012 r. w formie aktu notarialnego.

Zdaniem zamawiającego z pełnomocnictwa wynika, że M..... O..... L..... otrzymał prawo do reprezentowania spółki Aldesa Construcciones w sprawach związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do występowania we wszelkich czynnościach i umowach związanych z postępowaniami. Ponadto z pełnomocnictwa wynika wprost prawo do reprezentowania spółki we wszystkich sprawach, które nie wykraczają poza dziedzinę ogólnego administrowania spółką, jak również do zawierania umów ze spółkami prawa handlowego. Zamawiający podkreślał także, iż zobowiązanie do udostępnienia potencjału finansowego złożone w ofercie przez Aldesa Construcciones w swojej treści zawiera odniesienie do konkretnego przetargu - tj. Budowy dwutorowej linii 400 kV Ostrołęka - Olsztyn Matki oraz kierowane jest do zamawiającego - PSE Operator S.A. Nie można więc interpretować go inaczej, jak złożenie oświadczenia woli o udostępnieniu zasobów wykonawcy biorącemu udział w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym już pkt 1 pełnomocnictwa jest wystarczający dla złożenia prawidłowo takiego oświadczenia przez pełnomocnika. Ponadto zamawiający podnosił, że zobowiązanie musi być traktowane jako umowa o współpracy w określonym zakresie. Zaciągnięcie zobowiązania, bez wątpienia, nie wykracza poza zakres prawidłowego administrowania spółką, co odpowiada pkt 2 z pełnomocnictwa. Wreszcie gdy traktujemy zobowiązanie jak umowę, pełnomocnik uprawniony jest do jej zawarcia na podstawie pkt 4 pełnomocnictwa.

Zarzut braku wykazania dysponowania wiedza i doświadczeniem podmiotu trzeciego przez Aldesa.

Zamawiający podnosił, że w obu przypadkach odwołujący nie kwestionuje doświadczenia odpowiednio AMELTEL oraz ARDANUY INGENIERIA, a jedynie dokument - zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów.

Zamawiający podnosił, że odwołujący w swoim zarzucie odnosi się tylko do jednej części dokumentu, próbując wyjąć z kontekstu jedno zdanie, a pomijając całą treść zobowiązania, z której w opinii zamawiającego jednoznacznie wynika, że udostępnienie dotyczy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, na okres wymagany w celu wykonania zamówienia. Natomiast dopisek „to znaczy, referencji” w

tym kontekście nie może być interpretowany jako udostępnienie jedynie dokumentu referencji, do czego zmierza odwołujący, a musi być interpretowany jako udostępnienie doświadczenia nabytego w toku zamówień referencyjnych. Ponadto wskazywał, że w treści tłumaczenia jest też omyłka pisarska, gdzie słowo „Contratista” zostało omyłkowo przetłumaczone jako zamawiający a nie wykonawca. Zdaniem zamawiającego porównanie treści oryginalnego dokumentu nie pozostawia wątpliwości, że jest to jedynie omyłka pisarska, a nie niewłaściwa treść zobowiązania.

Zamawiający w piśmie odniósł się również do zarzutów w zakresie treści zobowiązania złożonego przez spółkę ARDANUY INGEMERIA, która udostępniła swoje zasoby w zakresie doświadczenia w projektowaniu odpowiednich obiektów. W jego ocenie zarzut ten jest niezrozumiały, gdyż treść zobowiązania jednoznacznie wskazuje na to, że: ARDANUY INGENIERIA (zidentyfikowany podmiot udostępniający), udostępnia spółce Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. (wykonawca), wszystkie środki niezbędne podczas realizacji projektu Budowa dwutorowej linii 400kV Ostrołęka Olsztyn Matki (...) (określenie zasobów, przedsięwzięcia do którego mają być wykorzystane oraz czasu udostępnienia'), rozumiejąc przez to wiedzę i doświadczenia wynikające i potwierdzone przez referencję. Wykaz wykonanych prac projektowych przedłożony wraz z ofertą wskazuje, że wykonawcą prac była ARDANUY INGENIERIA. Z kolei z wykazu prac, jakie mają być zlecone podwykonawcom wynika, że Aldesa zamierza zlecić wykonanie prac projektowych podwykonawcy. Zdaniem zamawiającego czytając ofertę w całości należy uznać przedłożone zobowiązanie za wiarygodne i wystarczające dla celu jakiemu ma służyć.

W toku rozprawy zamawiający w całości podtrzymał stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania wyrażone w pismach i rozprawie a także dowody złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania po odwoławczego wykonawcy Aldesa wskazując, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wypełnił prawidłowo przesłanki zawarte w art. 185 ust. 2 Pzp.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez dokonanie wadliwej oceny spełniania warunku sytuacji finansowej. Po zbadaniu całości materiału dowodowego, uwzględniając wszystkich okoliczności sprawy Izba uznała zgłoszony zarzut za chybiony.

Zustaleń Izby wynika, że w pkt. 7.2.3 siwz zamawiający określił wymagania w zakresie zdolności finansowej wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tj. wykonawca winien był posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 100.000.000 zł (sto milionów złotych).

W tym zakresie wykonawca winien był przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w której wykonawca lub podmiot, na którego zdolnościach finansowych wykonawca polega, posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy lub podmiotu na którego zdolnościach finansowych wykonawca polega, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt. 7.2.3. W przypadku wystawienia w informacji kwoty w walucie innej niż złoty polski zamawiający przeliczy tę kwotę po kursie banku wystawiającego informację, z dnia jej wystawienia (pkt. 8.15 siwz).

W pkt. 8.16 specyfikacji zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach finansowych, wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, przedstawi dowód, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dowodem takim jest w szczególności pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu. Wzory oświadczeń o zobowiązaniu zawarte są odpowiednio w załącznikach nr 2, 3 Części III siwz.

Wykonawca Aldesa w ofercie na stronie 47 przedłożył opinię bankową, z której wynika, że postawiony warunek spełnia spółka Aldesa Construcciones z siedzibą w Madrycie, który to podmiot udostępnił swoje zasoby wykonawcy. W złożonej ofercie na stronie 5 wykonawca Aldesa złożył zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia - Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid. Zobowiązanie zostało podpisane przez Pana M..... O..... L..... Oferta wykonawcy Aldesa na stronach od 57 do 64 zawiera m. in. pełnomocnictwo dla Pana M..... O..... L..... do działania w imieniu spółki. Pełnomocnictwo zostało udzielone w formie aktu notarialnego (Repetitorium A Nr 2825/2012) dnia 16 marca 2012 r. przed asesorem notarialnym A..... W....., zastępcą notariusza w Krakowie – T..... S..... w kancelarii notarialnej przy ul. Kieleckiej nr 25a.

W § 4 ww. aktu notarialnego podano, że M..... O..... L..... został ustanowiony pełnomocnikiem spółki Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid i jest upoważniony do:

1. dokonywania wszelkich czynności administracyjnych, reprezentowania Spółki we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie przepisów Prawa Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm.), w szczególności prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego, w których Spółka bierze udział jako wykonawca, niezależnie od tego, czy Spółka działa samodzielnie, czy razem z innymi podmiotami jako członek konsorcjum (podmiotami ubiegającymi się wspólnie o udzielenie zamówienia stosownie do art 23 Prawa Zamówień Publicznych), do pozyskiwania informacji o przetargach, do składania wszelkich dokumentów i występowania we wszelkich czynnościach, umowach, porozumieniach i sesjach związanych z przedmiotowymi postępowaniami, do składania wszelkich dokumentów do celów realizacji wszelkiego rodzaju postępowań natury administracyjnej i podatkowej, posiadając zdolność do powiadamiania oraz podpisywania, składania i odbierania w imieniu Spółki wszelkich dokumentów przed odpowiednimi władzami, jak również do realizacji wszelkich postępowań natury administracyjnej lub podatkowej, jakie, zgodnie z właściwymi przepisami prawa, będą konieczne dla rzeczonych celów; do negocjowania, podpisywania, rejestrowania i wykonywania wszelkich czynności związanych z umowami, porozumieniami i uzgodnieniami dokonywanymi przez Spółkę w związku z powyższymi;
2. reprezentowania Spółki przed wszystkimi władzami, urzędami publicznymi, organami administracji publicznej, przed Krajową Izbą Odwoławczą sądami w każdej instancji,

wobec wszystkich osób fizycznych i prawnych, do składania wszelkich wniosków i oświadczeń, w tym o charakterze podatkowym, wyjaśnień i gwarancji we wszystkich sprawach, które nie wykraczają poza dziedzinę ogólnego (prawidłowego) administrowania (zarządzania) spółką;

3. dokonywania wszystkich innych czynności, jakie okażą się niezbędne i konieczne w związku z wykonaniem tego pełnomocnictwa.

Zamawiający pismem z dnia 8 października 2012 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcę Aldesa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż powziął wątpliwość co do prawidłowości reprezentacji osoby, która podpisała zobowiązanie do zobowiązania do dyspozycji wybranego wykonawcy środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z pkt 8.16 części I SIWZ oraz Załącznikiem nr 2 do części III. Zamawiający w piśmie poinformował, że zobowiązanie powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu. Przedłożone przez Państwa w ofercie zobowiązanie (str. 5) jest nie podpisane przez firmę zobowiązującą się do oddania do dyspozycji wykonawcy Aldesa środków finansowych.

W piśmie z dnia 12 października 2012 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Aldesa poinformował zamawiającego, że zobowiązanie innego podmiotu, tj. Aldesa Construcciones do oddania do dyspozycji wykonawcy środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia (str. 5 oferty) podpisał Pan M..... O..... L....., który jest odpowiednio umocowany do reprezentacji Aldesa oraz Aldesa Construcciones, które to umocowanie wynika z pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego dołączonego do oferty na str. 57-63. Pełnomocnictwo do reprezentowania Aldesa Construcciones wynika z § 4 tego aktu. W celu uniknięcia wątpliwości wykonawca załączył do ww. pisma opisane pełnomocnictwo.

Izba po zbadaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, że z treści opisanego powyżej pełnomocnictwa wprost wynika, że Pan M..... O..... L..... posiadał upoważnienie do podpisania w imieniu Aldesa Construcciones zobowiązania do oddania do dyspozycji Aldesa środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia. W ocenie Izby upoważnienie do dokonania ww. czynności zawarto w § 4 pkt 1 pełnomocnictwa przedłożonego wraz z ofertą (str. 62 oferty). Jednakże nawet gdyby przyjąć, że z postanowień powyższego paragrafu nie wynika uprawnienie Pana M..... O..... L..... do podpisania w imieniu Aldesa Construcciones zobowiązania do oddania do dyspozycji Aldesa środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia - czemu Izba nie potwierdza – to z treści § 4 pkt 3 przywołanego powyżej pełnomocnictwa jasno wynika, że Pan M..... O..... L..... posiada upoważnienie do „dokonywania

wszystkich innych czynności, jakie okażą się niezbędne i konieczne w związku z wykonaniem tego pełnomocnictwa”. Zdaniem Izby zamieszczenie w treści pełnomocnictwa powyższego stwierdzenia przesądza o tym, że wolą podmiotu udzielającego pełnomocnictwa było udzielenie Panu M..... O..... L..... możliwie szerokiego umocowania w zakresie czynności związanych z jego wykonywaniem. Wobec tego należy uznać, że złożenie przez Pana M..... O..... L....., w imieniu Aldesa Construcciones, oświadczenia woli zawierającego zobowiązanie do oddania do dyspozycji Aldesa środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia mieści w zakresie czynności objętych niniejszym pełnomocnictwem.

Powyższego stanowisko Izby potwierdzają również wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 26 grudnia 2012 r. - złożonym podczas rozprawy - w postaci oświadczenia Pana M..... T..... P....., prezesa zarządu Aldesa Construcciones, który potwierdził, że Pan M..... O..... L..... jest i był: „należycie umocowany do reprezentowania spółki Aldesa, bez żadnych ograniczeń, a w związku z powyższym, jest należycie umocowany do rozporządzenia środkami technicznymi i finansowymi, z ramienia spółki Aldesa Construcciones na rzecz przystępującego, bez ograniczeń ilościowych i wartościowych, bez konieczności nadawania mu dodatkowych umocowań w celu wykonywania oddelegowanych mu funkcji”.

Zatem biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że stanowisko zaprezentowane przez odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie jest niezasadne.

Odnosząc się do argumentacji przystępującego, że do pełnomocnictwa M..... O..... L..... nie mają zastosowania przepisy prawa polskiego a pełnomocnictwo podlega reżimowi prawa hiszpańskiego, Izba uznała zgłoszone stanowisko za chybione. Nie jest sporne między stronami, że treść kwestionowanego pełnomocnictwa nie wskazuje, by dokonano wyboru reżimu prawnego, któremu ma ono podlegać. Jednakże w niniejszej sprawie kluczowym jest, że powyższe pełnomocnictwo zostało udzielone w formie aktu notarialnego (Repetitorium A Nr 2825/2012) dnia 16 marca 2012 r. przed asesorem notarialnym A..... W....., zastępcą notariusza w Krakowie – T..... S..... w kancelarii notarialnej przy ul. Kieleckiej nr 25a. Ponadto realizacja przedmiotu zamówienia będzie odbywać się na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a zobowiązanie zostało złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na terytorium RP. Tym samym w ocenie Izby do pełnomocnictwa M..... O..... L..... mają zastosowanie przepisy prawa polskiego a nie prawa hiszpańskiego, na co wskazuje także Rozporządzenie

Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I).

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że omawiane zobowiązanie może być traktowane jako umowa o współpracy w określonym zakresie, a zatem pełnomocnik uprawniony jest do jej zawarcia na podstawie pkt 4 pełnomocnictwa. Izba wskazuje, że umowa ze swej istoty ma charakter zobowiązania dwustronnego, podczas gdy zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy określonego potencjału, w tym przypadku w postaci środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia, bez wątplenia jest czynnością jednostronną. Wobec powyższego twierdzenia zamawiającego w tym zakresie Izba uznała za nieuprawnione.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez dokonanie wadliwej oceny spełniania warunku sytuacji finansowej w stosunku do wykonawcy Aldesa nie potwierdził się.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty związane z dokonaniem przez zamawiającego wadliwej oceny wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez Aldesa i znała zarzuty zgłoszone w odwołaniu w powyższym zakresie za niepotwierdzone.

W omawianym zakresie jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wiedzy i doświadczenia przy wykorzystaniu potencjału innego podmiotu, tj. AMETEL. Zdaniem Izby brak jest podstaw do uznania, że Aldesa nie wykazał, że będzie dysponował, wskazaną w ofercie wiedzą i doświadczeniem AMETEL.

W pkt. 8 siwz - dokumenty i informacje wymagane w ofercie - w pkt. 8.16 zamawiający wskazał, że w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach finansowych, wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, dowód, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dowodem takim jest w szczególności pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu.

W pkt.8.16 siwz, zamawiający poinformował między innymi o przygotowaniu wzorów oświadczeń o zobowiązaniu, które stanowiły załącznik nr 2 do siwz (dla zobowiązania do

udostępnienia środków finansowych) oraz załącznik nr 3 do siwz (dla zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia)

Zgodnie z brzmieniem pkt. 8.17 siwz, w przypadku, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, wykonawca zobligowany został do podania w wykazie wykonanych robót oraz wykazie wykonanych projektów, informacje o podmiocie, który wykonywał prace.

Izba ustaliła, że wraz z ofertą przystępujący przedstawił zobowiązanie AMETEL (str. 6 oferty). Powyższe zobowiązanie zostało przedstawione w formie pisemnej, jednak bez tłumaczenia dokumentu na język polski.

Wobec tego pismem z dnia 8 października 2012 r. (opisanym powyżej) zamawiający zażądał przedłożenia zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy Aldesa posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotu w zakresie wykonanych robót budowlanych, wystawionego przez firmę AMETEL.

W piśmie z dnia 12 października 2012 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Aldesa oświadczył, że zobowiązanie AMETEL zostało dołączone do oferty w formie oryginału (str. 6 oferty). Natomiast wraz z ww. pismem Aldesa załączył tłumaczenie ww. zobowiązania.

Z ustaleń Izby wynika, że w treści tłumaczenia zobowiązania złożonego przez AMETEL zawarto:

- odniesienie do postępowania prowadzonego przez PSE Operator S.A. na budowę dwutorowej linii 400 kV Ostrołęka - Olsztyn Matki,
- wskazanie iż składającemu oświadczenie wiadome jest, iż wykonawca (Aldesa) będzie brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- wskazanie, iż podmiot udostępniający zasoby ma świadomość, iż wykonawca ma obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował środkami wymaganymi dla realizacji przetargu,
- zobowiązanie „do udostępnienia do Zamawiającemu naszych zasobów, niezbędnych do wykonania zamówienia, to znaczy: - wiedzy i doświadczenia (to znaczy referencji) na niezbędny okres wymagany przez Wykonawcę w celu wykonania wyżej wspomnianego zamówienia”.

W ocenie Izby z treści powyższego zobowiązania jednoznacznie wynika, że AMETEL udostępnienie dotyczy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, na okres wymagany w celu wykonania zamówienia, a nie jedynie dokumentu referencji, jak podnosił odwołujący. Niewątpliwie określenie „to znaczy, referencji” należy rozumieć jako udostępnienie doświadczenia nabytego w toku realizacji zamówień wskazanych w dokumentach referencyjnych.

W odniesieniu do stwierdzenia odwołującego, że AMETEL udostępnił zasoby zamawiającemu, a nie wykonawcy Aldesa, gdyż w treści tłumaczenia zobowiązania posłużono się stwierdzeniem, że AMETEL „zobowiązuje się do udostępnienia do Zamawiającemu naszych zasobów, niezbędnych do wykonania zamówienia”, Izba uznała, że w treści tłumaczenia popełniono oczywistą omyłkę pisarską. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, który podnosił, że słowo „Contratista” zostało omyłkowo przetłumaczone jako zamawiający a nie wykonawca. Jednak porównanie treści oryginalnego dokumentu z treścią tłumaczenia nie pozostawia wątpliwości, że jest to jedynie omyłka pisarska, a nie niewłaściwa treść zobowiązania.

Izba również odniosła się do argumentacji odwołujące w kwestii niezastosowania przez przystępującego wzoru zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia stanowiącego załącznik nr 3 do siwz.

Zgodzić się trzeba z odwołującym, że Aldesa składając ofertę i korzystając potencjału innego podmiotu w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu nie posłużył się przygotowanym przez zamawiającego wzorem zobowiązania podmiotu trzeciego, co jednak nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania. Istotnym jest, że analiza treści zobowiązania AMETEL bezsprzecznie prowadzi do wniosku, że jego treść wskazuje na zobowiązanie do udostępnienia przystępującemu posiadanej przez AMETEL wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, w okresie jego realizacji. Ponadto Izba podkreśla, że przygotowany przez zamawiającego formularz stanowi jedynie przykładowy wzór zobowiązania, tym samym stanowi on jedynie instrukcję dla wykonawców, a jego niezastosowanie w żadnym wypadku nie może prowadzić do skutku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wiedzy i doświadczenia przy wykorzystaniu potencjału innego podmiotu, tj. ARDANUY INGENIERIA.

Zdaniem Izby brak jest podstaw do uznania, że Aldesa nie wykazał, że będzie

dysponował, wskazaną w ofercie wiedzą i doświadczeniem ww. wykonawcy w zakresie doświadczenia w projektowaniu odpowiednich obiektów.

Badając ofertę złożoną przez Aldesa Izba ustaliła, że zawiera ona oświadczenie podmiotu, tj. ARDANUY INGENIERIA wraz z tłumaczeniem (str. 7 i 8 oferty). W treści oświadczenia podano m. in., że „Spółka ARDANUY INGENIERIA oddaje do dyspozycji spółki ALDESA (...) całą swoją wiedzę i doświadczenie, jak również swój potencjał techniczny i środki. Jednocześnie, ARDANUY INGENIERIA, S.A. zobowiązuje się oddać do dyspozycji spółki ALDESA (...) wszystkie środki potrzebne podczas realizacji projektu pn. „Budowa (...), rozumiejąc przez to wiedzę i doświadczenie wynikające z i potwierdzone przez referencję wystawioną spółce ALDESA (...) – działając w charakterze podwykonawcy na okres jej wykorzystania w trakcie realizacji projektu”.

W opinii Izby treść oświadczenia jest jednoznaczna i wystarczająca dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że zostało ono złożone w formie pisemnej i dotyczy oddania do dyspozycji przystępującemu całej wiedzy i doświadczenia ARDANUY INGENIERIA na okresu realizacji projektu pn. „Budowa dwutorowej linii 400kV Ostrołęka Olsztyn Mątki (...)”.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieskorzystania przez przystępującego z wzoru zobowiązania stanowiącego załącznik nr 3 do siwz argumentacja Izby jest tożsama z przedstawioną przy okazji omawiania zarzutu dotyczącego zobowiązania AMETEL. W związku z powyższym Izba za niecelowe uważa jej powtarzanie.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła wadliwości czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oferty z uwagi na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Aldesa, który w ocenie odwołującego powinien być wykluczony z postępowania.

Podsumowując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, 2b i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....