

Sygn. akt: KIO/UZP 297/08

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Grzegorz Mazurek**

Członkowie: **Jolanta Markowska**
 Ewa Marcjoniak

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Międzygminny ds. Ekologii, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2** protestu z dnia 14 kwietnia 2008r.

przy udziale **Konsorcjum: ABM SOLID S.A. (Lider Konsorcjum) 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3; Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), 83060 Donieck, ul. Szachtariw Donbasu 163, Ukraina; ENERGOPOL-POŁUDNIE S.A. (Członek Konsorcjum) 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** na rzecz **Związku Międzygminnego ds. Ekologii, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9.**

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

Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu – zwany dalej Zamawiającym - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę sieci kanalizacyjnej w gminie Łodygowice”.

W dniu 7 marca 2008r. dokonał wyboru oferty konsorcjum składającego się z następujących podmiotów: ABM SOLID S.A. z Tarnowa, Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. z Doniecka (Ukraina) oraz Energopol Południe S.A. z Sosnowca.

W dniu 14 marca 2008r. Skanska S.A. – jeden z wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu wniósł protest na czynność wyboru oferty ww. konsorcjum – zwanego dalej „Konsorcjum ABM” jako najkorzystniejszej. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z § 2 ust. 1

pkt 2 oraz § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem”. Protestujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia konsorcjum ABM i dokonania wyboru oferty Protestującego jako najtańszej.

W argumentacji merytorycznej wskazano na to, że członek konsorcjum ABM – Budownictwo Drogowe Altkom sp. z o.o. nie złożyła w odpowiedniej formie oświadczenia potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne jak również, że nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie. Wskazano, że oświadczenie które złożono – jest z podpisem notarialnie poświadczonym, a nie w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem. Dalej odniesiono się do orzecznictwa Zespołów Arbitrów argumentując, że jednolicie orzekano co do przedmiotowej kwestii.

W dalszej argumentacji wskazano na zastrzeżenia do referencji przedstawionych przez Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. Zastrzeżenia budził fakt daty wykonania robót – przed rejestracją spółki, sposób płatności – w dolarach amerykańskich oraz treść referencji.

Ponadto wskazano na zastrzeżenia związane z referencjami z budowy kanalizacji sanitarnej w mieście i gminie Nowa Sarzyna przez ABM SOLID S.A. Podniesiono fakt podwykonawstwa „Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ Józef Lis” w ramach tej roboty. W wyniku powyższego wskazano, że jeden z tych podmiotów nie powinien wykazywać doświadczeń z tej roboty jako swoich. W wyniku powyższego wskazano, że jedno z konsorcjów, jakie złożyły oferty w postępowaniu – tj. Konsorcjum ABM albo Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z Łańcuta, PEKUM Sp. z o.o. z Rzeszowa, WODROL S.A. z Rzeszowa, WOD-KAN-GAZ Józef Lis – Gorliczyna, Przeworsk – zwane dalej Konsorcjum Budomont powinno podlegać wykluczeniu z postępowania z powodu braku wymaganego doświadczenia.

Pełnomocnictwo będące podstawą utworzenia konsorcjum ABM nie zawierało upoważnienia do ustanowienia dalszych pełnomocników – w wyniku powyższego protestujący wskazał, że podpisanie oferty przez A. Franczaka, który został upoważniony do tego przez ABM SOLID S.A. powoduje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Wskazano na fakt podpisania pełnomocnictwa dla Piotra Kudlaka przez A.W. Antoszczyka, który w dniu 7.11.2005r. nie był Dyrektorem Generalnym Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o., a późniejsze potwierdzenia pełnomocnictwa nie konwalidowały tego braku.

Ponadto wskazano na nieprawidłowość zaświadczeń o niekaralności dla członków zarządu Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o., gdyż nie dotyczą one odpowiedzialności karnoskarbowej jaka dyskwalifikuje z obrotu w zamówieniach publicznych w Polsce. Zaświadczenie wydane na wniosek Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. Biuro w Warszawie dotyczy nieistniejącego numeru KRS. Argumentowano dodatkowo, że Zamawiający ma obowiązek sprawdzenia, czy w macierzystym kraju wykonawcy wydawane są dane dokumenty.

Podkreślono, że zgodnie ze statutem ABM SOLID S.A. oraz art. 17 § 1 ksh firma ta nie mogła złożyć ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu gdyż stosunek wartości oferty w stosunku do wartości kapitału zakładowego spółki stanowił 34-krotność, a w ocenie Protestującego przekroczenie w takim stosunku 3-krotności powodowało konieczność zasięgnięcia zgody Rady Nadzorczej spółki.

W dniu 16.03.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum ABM.

W argumentacji wskazano, że z wyjaśnień z dnia 24 kwietnia 2005r. wydanych przez wicekonsula Ambasady Ukraińskiej wynika, jakie dokumenty są na Ukrainie odpowiednikami dokumentów polskich – wymaganych w systemie zamówień publicznych. Takie dokumenty zostały załączone do oferty. Ponadto wskazano, że niezależnie od tego wykonawca złożył oświadczenie przed organem administracyjnym Ukrainy – wobec Ministerstwa Sprawiedliwości, które przyjął tamtejszy notariusz.

Odnośnie referencji firmy Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. wskazano, że firma ta nie brała udziału w części projektowo-formalnej przedmiotowej inwestycji, a zakres wykonawczy przypada na okres I. 2004r. – VI. 2005r. Ponadto wskazano na pismo z dnia 1.02.2008r. od Makiejewskij Gorwokań gdzie jednoznacznie wskazano, że Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. pełnił funkcję inżyniera kontraktu oraz generalnego wykonawcy.

Odnośnie referencji ABM SOLID S.A. dot. kwestii podwykonawstwa innego podmiotu wskazano, że generalne wykonawstwo inwestycji pt. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Mieście i Gminie Nowa Sarzyna” potwierdza posiadanie przez spółkę doświadczenie w zakresie wykonawstwa.

Odnośnie pełnomocnictwa dla Zbigniewa Franczaka wskazano na przepis art. 373 § 3 kodeksu spółek handlowych oraz fakt ustanowienia prokury samoistnej. Wobec powyższego ww. był uprawniony do podpisania oferty w imieniu całego konsorcjum.

Odnośnie uprawnienia A. W. Antoszczyka do dokonywania czynności w imieniu Budownictwa Drogowego Altkom Sp. z o.o. wskazano, że od początku działalności spółki był

osobą uprawnioną. Załączono zaświadczenie z Ogólnego Rejestru Państwowego Przedsiębiorstw i Organizacji Ukrainy z dnia 18 grudnia 2003r.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowości złożonych zaświadczeń o niekaralności wskazano, że na terenie Ukrainy stosowne zaświadczenia wydawane są na terenie Ukrainy nie przez centralny rejestr ale za pośrednictwem odpowiednich organów milicyjnych lub w placówce dyplomatycznej, a ponadto prawo ukraińskie nie przewiduje kategoryzacji wniosków ze względu na cel danego postępowania. Ponadto w zakresie zaświadczenia z KRK dla podmiotów zbiorowych wskazano, że wystawiane ono jest na podstawie nazwy podmiotu oraz jego siedziby, które wskazano prawidłowo.

W zakresie zarzutu dotyczącego niemożności złożenia oferty przez ABM SOLID S.A. z powodu przekroczenia określonej kwoty i braku zgody Rady Nadzorczej – wyjaśniono różnicę między pojęciami kapitału własnego oraz kapitału zakładowego. Określono strukturę kapitału własnego w bilansie. Wskazano, że poziom 90 mln złotych w zakresie kapitału własnego, jaki został ujęty w sprawozdaniach załączonych do dokumentacji przetargowej pozwala na stwierdzenie, że złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu nie wymagało obowiązku uzyskania uchwały Rady Nadzorczej.

Zarzucono Protestującemu brak interesu prawnego – wskazując na to, że nie wykazał swojego interesu w przedmiotowym postępowaniu, przedstawiona przez niego oferta przekracza budżet zamawiającego. Na potwierdzenie swojej argumentacji w tym zakresie podał orzeczenia Sądów Okręgowych oraz brzmienie komentarzy.

Zamawiający w dniu 21.03.2008r. oddalił protest w całości. Decyzja dotarła do Protestującego w dniu 25.03.2008r.

Oдноśnie zarzutu niezłożenia przez Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. w odpowiedniej formie oświadczenia potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne jak również, że nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie – wskazano, że w ofercie znajdują się odpowiednie dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Oдноśnie zarzutu związanego z podpisem notarialnie poświadczonym – wskazano, że poświadczenia dokonano zgodnie z prawem ukraińskim.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego referencji Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. – wskazano, że podjęto wyjaśnienia w wyniku których uznano te referencje za prawidłowe.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego referencji innych wykonawców – wskazano, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą spełnia wymagane warunki.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego podpisania oferty – wskazano, że Z. Franczak jest prokurentem ABM SOLID S.A. – prokura samodzielna.

Odnośnie zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa udzielonego przez A.W. Antoszczuka – wskazano, że jako generalny dyrektor był uprawniony do podpisywania pełnomocnictw.

Odnośnie zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego wskazano, że z dokumentu nr str 153 oferty wynika, że Budownictwo Drogowe Altkom z Doniecka nie figuruje w rejestrze KRK dla podmiotów zbiorowych.

Odnośnie niemożności złożenia oferty przez ABM SOLID S.A. z powodu zapisów w statucie wskazano, że Zamawiający nie ocenia na tym etapie tej kwestii.

W dniu 27.03.2008r. Skanska S.A. złożyła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wniesiono o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, wykluczenia z postępowania Konsorcjum ABM, odrzucenia oferty Konsorcjum ABM, dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert – tj. oferty odwołującego się.

W argumentacji – tak jak w proteście wskazano na to, że członek konsorcjum ABM – Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. nie złożyła w odpowiedniej formie oświadczenia potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne jak również, że nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie. Wskazano, że oświadczenie które złożono – jest z podpisem notarialnie poświadczonym, a nie w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem. Ponadto polemizowano ze stwierdzeniami zawartymi w oddaleniu protestu.

Tak jak w proteście – wskazano ponadto na zastrzeżenia do referencji przedstawionych przez Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. Zastrzeżenia budził fakt daty wykonania robót – przed rejestracją spółki, sposób płatności – w dolarach amerykańskich oraz treść referencji.

Referencje z budowy kanalizacji sanitarnej w Mieście i Gminie Nowa Sarzyna przez ABM SOLID S.A. były tak jak w proteście przedmiotem dalszej argumentacji. Podniesiono

fakt podwykonawstwa „Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ Józef Lis” w ramach tej roboty. W wyniku powyższego wskazano, że jeden z tych podmiotów nie powinien wykazywać doświadczeń z tej roboty jako swoich. W wyniku powyższego wskazano, że jedno z konsorcjów, jakie złożyły oferty w postępowaniu – tj. Konsorcjum ABM albo Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” Sp. z o.o. z Łańcuta, PEKUM Sp. z o.o. z Rzeszowa, WODROL S.A. z Rzeszowa, WOD-KAN-GAZ Józef Lis – Gorliczyna, Przeworsk – zwane dalej Konsorcjum Budomont powinno podlegać wykluczeniu z postępowania z powodu braku wymaganego doświadczenia.

W odniesieniu do rozstrzygnięcia protestu w zakresie pełnomocnictwa dla Zbigniewa Franczaka wskazano, że fakt udzielenia mu pełnomocnictwa powodował wadliwość jego działania. Został on upoważniony wyłącznie do podpisania oferty składanej przez spółkę ABM SOLID S.A.

Powtórzono zarzut z protestu dotyczący podpisania pełnomocnictwa dla Piotra Kudlaka przez A.W. Antoszczyka, który w dniu 7.11.2005r. nie był Dyrektorem Generalnym Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o., a późniejsze potwierdzenia pełnomocnictwa nie konwalidowały tego braku. Wskazano, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie wyjaśnił, na czym opiera swoje przekonanie o upoważnieniu A.W. Antoszczuka do wystawiania pełnomocnictw.

Tak jak w proteście – podniesiono zarzut związany z nieprawidłowością zaświadczeń o niekaralności dla członków zarządu Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o., gdyż nie dotyczą one odpowiedzialności karnoskarbowej jaka dyskwalifikuje z obrotu w zamówieniach publicznych w Polsce. Fakt wskazania nieistniejącego numeru KRS we wniosku do KRS był dla odwołującego podstawą do stwierdzenia, że wykonawca przedstawił nieprawdziwą informację z KRK. Ponownie wskazano na to, że Zamawiający ma obowiązek sprawdzenia, czy w macierzystym kraju wykonawcy wydawane są dane dokumenty.

Dalej odwołujący oceniał stanowisko zamawiającego z pkt 7 rozstrzygnięcia protestu dotyczące kwestii niemożności złożenia oferty przez ABM SOLID S.A. z powodu zapisów w statucie. Ponadto ponownie wskazano na to, że zgodnie ze statutem ABM SOLID S.A. oraz art. 17 § 1 ksh firma ta nie mogła złożyć ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu, gdyż stosunek wartości oferty w stosunku do wartości kapitału zakładowego spółki stanowił 34-krotność, a w ocenie Protestującego przekroczenie w takim stosunku 3-krotności powodowało konieczność zasięgnięcia zgody Rady Nadzorczej spółki.

W dniu 31.03.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyło Konsorcjum ABM. Przystępujący nie podzielił oceny dokonanej przez odwołującego i podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do protestu.

W dniu 15.04.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożyło Konsorcjum – Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „WOLIMEX” Eugeniusz Wojak (lider), Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „Insbud”, Przedsiębiorstwo Techniczno-Handlowo-Usługowe „HYDRO-MAKRO” Maria Pluta, Zakład Robót Inżynieryjnych „WODPOL” Sp. j. Włoch i Marszałek.

Po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego nie złożenia przez Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. w odpowiedniej formie oświadczenia potwierdzającego, że – *„nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie”* – należało stwierdzić co następuje.

Ustawa Prawo Zamówień Publicznych i rozporządzenie dotyczące wymaganych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określają zasady, na jakich dokumenty składają podmioty zagraniczne. Odnośnie ww. dokumentów wskazuje się, że wykonawca zagraniczny powinien je złożyć, jeśli występują w jego kraju, natomiast w przypadku ich braku powinien złożyć oświadczenie przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia.

W ofercie konsorcjum ABM na stronach 164-169 znajdują się dokumenty – wniosek do Funduszu Państwowych Obowiązkowych Ubezpieczeń Społecznych od Tymczasowej Niezdolności do Pracy Rejonu Kujbyszewskiego m. Doniecka ze stwierdzeniem braku zadłużenia, wniosek do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych od Nieszczęśliwych Wypadków przy pracy i chorób zawodowych Rejonu Kujbyszewskiego m. Doniecka ze stwierdzeniem braku zadłużenia oraz zaświadczenie z Państwowej Inspekcji Podatkowej Administracji Ukrainy o braku zadłużenia wynikającego z podatków i płatności (płatności obowiązkowych) kontrolowanych przez PIP w rejonie kujbyszewskim m. Doniecka. Ponadto na stronach 106-114 oferty znajduje się Licencja Ministerstwa Budownictwa, Architektury i Gospodarki Mieszkaniowo Komunalnej Ukrainy dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „Budownictwo Drogowe Altkom” z terminem ważności 16.02.2007 – 16.02.2012r.

Z pisma nr 5/683 z dnia 24 kwietnia 2005r. Wydziału Konsularnego Ambasady Ukrainy wynika, że dokumenty te są odpowiednikami dokumentów wymaganych przez ustawę Prawo Zamówień Publicznych oraz rozporządzenie wykonawcze.

Ponadto w dniu 21 czerwca 2007r. Dyrektor Generalny „Budownictwo Drogowe ALTKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Andrij Antoszczuk złożył w obecności notariusza O. O. Chmielnickiego pisemne oświadczenie, że – „w stosunku do „Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o. nie jest prowadzona procedura likwidacji ani też bankructwa, nie zostało wydane orzeczenie sądowe w sprawie zakazu uczestnictwa w przetargach”. Notariusz poświadczył autentyczność złożonego w jego obecności podpisu na druku Ministerstwa Sprawiedliwości. W ocenie Izby dokument ten odpowiada wymaganiom określonym w rozporządzeniu, gdyż jest to oświadczenie – pisemne złożone przed notariuszem, który następnie poświadczył autentyczność złożonego podpisu. Z rozporządzenia nie wynika konieczność składania oświadczenia w formie aktu notarialnego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego referencji dla Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. – Izba po przeprowadzeniu analizy tekstu referencji oraz złożonych dalszych wyjaśnień stwierdziła, że złożony dokument na stronach 36-38 oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ oraz wymaganiom rozporządzenia. Z dokumentu tego wynika, że – roboty jakie wykonywała Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. obejmowały – wykonanie oczyszczalni ścieków o mocy $q = 260\ 000, 00\ m^3/dzień$,

- wykonanie głównego kolektora kanalizacyjnego o długości całkowitej 5,3 km, średnica 1200 mm,
- wykonanie systemu ścieków sanitarnych w mieście,
- oddanie do eksploatacji stacji przerobu ścieków,
- wykonanie systemu sieci kanalizacyjnej z rur ceramicznych o długości całkowitej 39 km,
- wykonanie systemu sieci kanalizacyjnej z rur polimerowo – betonowych.

Altkom wykonywała te roboty od stycznia 2004 do czerwca 2005r. W referencji jest zawarte sformułowanie „Z przyjemnością informujemy, że cały projekt został wykonany bez jakichkolwiek reklamacji ze strony wykonawców, w ramach przewidzianego budżetu i harmonogramu, z zapewnieniem wysokiej jakości robót”.

Ponadto z pisma z dnia 1.02.2008r. wynika, że Przedsiębiorstwo Komunalne „Makiejewskij Gorwokanał” potwierdziło, że spółka Budownictwo Drogowe „Altkom” pełniła funkcję Inżyniera oraz Generalnego wykonawcy w projekcie „Budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja w mieście Makiejewka, obwód doniecki wraz z głównym kolektorem kanalizacyjnym i miejskim systemem odprowadzania ścieków Projekt nr 3”

Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń o braku doświadczenia spółki Altkom, a jedynie bazował na wybranych cytatach zawierających części zdania z referencji w oderwaniu od kontekstu całej treści pisma. Z uwagi na powyższe uznano zarzut za bezzasadny.

Odnosnie zarzutu do referencji złożonych przez ABM SOLID S.A. dotyczących inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej w Mieście i Gminie Nowa Sarzyna” należało wskazać, że firma ta była generalnym wykonawcą inwestycji i ponosiła odpowiedzialność za wykonanie całego kontraktu. Fakt posługiwania się podwykonawcami w określonym zakresie nie może stanowić dowodu na okoliczność braku należytego doświadczenia w wykonywaniu inwestycji.

Jak wynika z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego – na str 54 oferty - Zbigniew Franczak jest prokurentem – prokura oddzielna. W związku z powyższym należało stwierdzić, że mógł on podpisać ofertę bez względu na udzielenie mu pełnomocnictwa do tej czynności. Samo udzielenie pełnomocnictwa prokurentowi w tym przypadku nie ma wpływu na zakres jego uprawnień – w tym prawa do podpisania oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Składanie oferty w konsorcjum przez prokurenta lidera należało uznać za prawidłowe. Czynność ta nie należy do czynności wyłączonych spod działania prokury.

Prokurent może być pełnomocnikiem wykonawcy, bez potrzeby odrębnego umocowania a prokura jest szczególnym rodzajem pełnomocnictwa. (J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, „Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa – Katowice 2006).

Prokura jest pełnomocnictwem szczególnego rodzaju, upoważniającym do wszystkich czynności, także sądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa zarobkowego. Specjalnego upoważnienia potrzebuje prokurent tylko do niektórych czynności – wskazanych w art. 109³ KC – tj. do zbycia przedsiębiorstwa, do dokonania czynności prawnej, na podstawie której następuje oddanie go do czasowego korzystania, oraz do zbywania i obciążania nieruchomości. Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie należy do ww. czynności.

Izba po analizie wszystkich pełnomocnictw oraz odpisów z KRS uznała, że oferta została prawidłowo podpisana.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa dla Piotra Kudlaka, jakiego udzielił w dniu 7.11.2005r. Dyrektor Generalny A.W. Antoszczuk – Odwołujący nie udowodnił, że A.W. Antoszczuk nie był w tym dniu osobą uprawnioną do udzielenia pełnomocnictwa.

Z dokumentu „Wypisu z jednolitego rejestru osób prawnych i osób fizycznych – przedsiębiorców” wynika, że Andrij Antoszczuk ma prawo dokonywania czynności prawnych w imieniu Altkom – dokument był wydany w dniu 27.10.2005r. z uwagą, że ważny jest przez 30 dni od daty jego wydania. Odwołujący ze swojej strony nie złożył żadnego dowodu, który naruszyłby wiarygodność dokumentu przedstawionego w przystąpieniu do protestu. Swoje domniemanie jakoby Andrij Antoszczuk nie był Dyrektorem Generalnym w dniu 7.11.2005r. Odwołujący opierał jedynie na braku dokumentu – potwierdzającego ten fakt dołączonego do pełnomocnictwa. Izba uznała, że dokument wydany w dniu 27.10.2005r. z którego wynika, że Andrij Antoszczuk ma prawo dokonywania czynności prawnych w imieniu Altkom stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że pełnomocnictwo udzielone Piotrowi Kudlak jest ważne.

Odnośnie kwestii zaświadczeń o nie podleganiu odpowiedzialności karnej przez członków zarządu Altkom Sp. z o.o. należało stwierdzić, że z dokumentów zawartych na stronach 145-150 oferty konsorcjum ABM wynika, że nie podlegali oni odpowiedzialności karnej oraz nie figurują w rejestrach jako osoby poszukiwane. Zarzut odwołującego dotyczący niepełności tych zaświadczeń w kontekście ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej należy rozpatrywać w kontekście odpowiedzialności konkretnych osób z tytułu popełnienia przestępstwa karnoskarbowego. Budownictwo Drogowe Altkom Sp. z o.o. ze swojej strony złożyła oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania oraz dokumenty wystawione przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych z których wynika, że członkowie zarządu ww. nie byli karani ani nie są poszukiwani. Odpowiedzialność karno skarbową jest rodzajem odpowiedzialności karnej – jaką ponosi sprawca za popełnienie przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. Określenie zawarte w zaświadczeniu, że dana osoba „nie figuruje jako osoba karana (w sprawach karnych)” jest wystarczającym dowodem na brak odpowiedzialności karnej danej osoby. Odwołujący nie przedstawił dowodu na istnienie odrębnego rejestru na Ukrainie, w którym zawarte byłyby informacje dotyczące odpowiedzialności za popełnianie przestępstw skarbowych. Odwołujący nie wykazał, że istnieje na Ukrainie odrębny akt regulujący odpowiedzialność karną skarbową. Należy wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmioty składają oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania, w którym zawiera się kwestia odpowiedzialności karnej członków zarządu osoby prawnej. Udowodnienie nieprawdziwości tego oświadczenia i związanej z tym niepełności zaświadczeń o niekaralności załączonych do oferty należało do Odwołującego. Odwołujący nie udowodnił tych okoliczności. Wobec powyższego Izba uznała zaświadczenia na stronach 145-150 oferty za wystarczające dowody niekaralności Andrija Antoszczuka, Andrija Kulikowowa i Ihora Karnakowowa.

Oдноśnie zarzutu niemożności złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przez ABM SOLID S.A. z powodu nieprawidłowego stosunku wartości oferty w stosunku do wartości kapitału zakładowego spółki należało stwierdzić, że odwołujący nieprawidłowo zinterpretował pojęcie „kapitału własnego” spółki oraz bezzasadnie uznał, że czynność prawna dokonana bez zgody właściwego organu spółki, wymaganej wyłącznie przez umowę spółki albo statut jest nieważna.

Oдноśnie różnicy pomiędzy pojęciami kapitału własnego a kapitału zakładowego należy wskazać na przepis art. 542 § 4 kodeksu spółek handlowych, z którego bezpośrednio wynika, że spółka może dysponować kapitałami własnymi innymi niż kapitał zakładowy. Ponadto należy wskazać na treść art. 17 § 3 kodeksu spółek handlowych, z którego bezpośrednio wynika, że czynność prawna dokonana bez zgody właściwego organu spółki, wymaganej wyłącznie przez umowę spółki albo statut, jest ważna i odnosi skutek wobec osób trzecich, jednakże nie wyklucza to odpowiedzialności członków zarządu wobec spółki z tytułu naruszenia umowy spółki albo statutu. W przepisie art. 17 § 1 kodeksu spółek handlowych wskazane są wyłącznie czynności, do których dokonania ustawa wymaga uchwały wspólników, walnego zgromadzenia bądź rady nadzorczej, a taką czynnością złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu nie jest.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku - Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*