

Sygn. akt: KIO 1523/16

Sygn. akt: KIO 1530/16

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2016 r. **przez odwołujących:**

1. Konsorcjum wykonawców: 1.) China National Technical Import & Export Corporation Jiu Ling Building, 21 Xi San Huan Bei Lu, Dystrykt Haiadian, Pekin, Chińska Republika Ludowa - (Lider Konsorcjum); 2.) China Railway Engineering Consulting Group Co., Ltd., z siedzibą Dystrykt Fengtai w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) 3.) China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd., z siedzibą w Taiyuan, Prowincja Shanxi Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) **na adres:** ul. Jasna 26, 00-054 Warszawa w sprawie **Sygn. akt KIO 1523/16**
2. Konsorcjum wykonawców: 1.) ASTALDI S.p.A. ul. G.V. Bona 65; 00156 Rzym (Włochy)- Lider Konsorcjum 2.) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - Członek Konsorcjum; 3.) Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii (Włochy) - Członek Konsorcjum **na adres:** Astaldi S.p.A Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa w sprawie **Sygn. akt KIO 1530/16**

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

orzeka

1. Oddala odwołanie Konsorcjum wykonawców: 1.) China National Technical Import & Export Corporation Jiu Ling Building, 21 Xi San Huan Bei Lu, Dystrykt Haiadian, Pekin, Chińska Republika Ludowa - (Lider Konsorcjum); 2.) China Railway Engineering Consulting Group Co., Ltd., z siedzibą Dystrykt Fengtai w Pekinie, Chińska Republika

- Ludowa (Członek Konsorcjum) 3.) China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd., z siedzibą w Taiyuan, Prowincja Shanxi Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum)
2. Uwzględnia odwołanie Konsorcjum: 1.) ASTALDI S.p.A. ul. G.V. Bona 65; 00156 Rzym (Włochy)- Lider Konsorcjum 2.) Przedsiębiorstwo Budowy Dog i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - Członek Konsorcjum; 3.) Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii (Włochy) - Członek Konsorcjum i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę złożonego wniosku przez odwołującego
3. W sprawie **Sygn.akt KIO 1523/16** kosztami postępowania obciąża Konsorcjum wykonawców: 1.) China National Technical Import & Export Corporation Jiu Ling Building, 21 Xi San Huan Bei Lu, Dystrykt Haiadian, Pekin, Chińska Republika Ludowa - (Lider Konsorcjum): 2.) China Railway Engineering Consulting Group Co., Ltd., z siedzibą Dystrykt Fengtai w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) 3.) China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd., z siedzibą w Taiyuan, Prowincja Shanxi Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum wykonawców: 1.) China National Technical Import & Export Corporation Jiu Ling Building, 21 Xi San Huan Bei Lu, Dystrykt Haiadian, Pekin, Chińska Republika Ludowa - (Lider Konsorcjum): 2.) China Railway Engineering Consulting Group Co., Ltd., z siedzibą Dystrykt Fengtai w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) 3.) China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd., z siedzibą w Taiyuan, Prowincja Shanxi Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Konsorcjum wykonawców: 1.) China National Technical Import & Export Corporation Jiu Ling Building, 21 Xi San Huan Bei Lu, Dystrykt Haiadian, Pekin, Chińska Republika Ludowa - (Lider Konsorcjum): 2.) China Railway Engineering Consulting Group Co., Ltd., z siedzibą Dystrykt Fengtai w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) 3.) China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd., z siedzibą w Taiyuan, Prowincja Shanxi Chińska Republika Ludowa (Członek Konsorcjum) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. W sprawie **Sygn. akt KIO 1530/16** kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum wykonawców: 1.) ASTALDI S.p.A. ul. G.V. Bona 65; 00156 Rzym (Włochy)- Lider Konsorcjum 2.) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - Członek Konsorcjum; 3.) Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii (Włochy) - Członek Konsorcjum tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum wykonawców: 1.) ASTALDI S.p.A. ul. G.V. Bona 65; 00156 Rzym (Włochy)- Lider Konsorcjum 2.) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - Członek Konsorcjum; 3.) Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii (Włochy) - Członek Konsorcjum stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 dla Warszawy – Praga.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Wykonanie robót budowlanych na odcinku Sadowne - Czyżew wraz z urządzeniami SRK od km 71,800 do km 107,260 w ramach projektu CEF dla linii E 75 obejmujący odcinek Sadowne - Czyżew - postępowanie o udzielenie Zamówienia o nr 6060/ICZ3/18963/07304/15/P

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2015 roku pod numerem 2015/S 248-450733

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 27 lipca 2016 r. („p.z.p.”), odwołujący wnieśli odwołania.

Zarządzeniem Prezesa Izby odwołania połączono do wspólnego rozpoznania.

Sygn.akt KIO 1523/16

W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący to Konsorcjum Wykonawców:

1. China National Technical Import & Export Corporation z siedzibą pod adresem: Jiu Ling Building, 21 Xi San Huan Bei Lu, Dystrykt Haiadian, Pekin, Chińska Republika Ludowa - Lider Konsorcjum

2.China Railway Engineering Consulting Group Co., Ltd., z siedzibą pod adresem: Building 19 East, Central Business Park, Hai Ying Road, Dystrykt Fengtai, Pekin, Chińska Republika Ludowa - Członek Konsorcjum

3.China Railway Nd. 3 Engineering Group Co., Ltd., z siedzibą pod adresem: 269 Yingze Street, Taiyuan, Prowincja Shanxi, Chińska Republika Ludowa - Członek

zwane dalej „Konsorcjum China”. Konsorcjum reprezentuje pełnomocnik: radca prawny A. S. z kancelarii „S. K. & S.- Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Spółka Komandytowa” z siedzibą w Warszawie adres do doręczeń dla Odwołującego: ul. Jasna 26, 00-054 Warszawa

Odwołanie wniesiono wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu Konsorcjum China z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

I. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzuca się:

1. naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum China nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 p.z.p. poprzez zaniechanie przedłożenia dokumentów potwierdzających niekaralność za przestępstwa wskazane w tych przepisach dla wszystkich członków Rady Dyrektorów Członka Konsorcjum China Railway No. 3 Engineering Group Co. („CR3”) i przedłożenie takiego dokumentu jedynie dla Prezesa Rady Dyrektorów, tj. p. L. B., a w konsekwencji poprzez nieuprawnione wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, podczas gdy funkcję organu zarządzającego spółki CR3 w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 p.z.p. zgodnie z prawem Chińskiej Republiki Ludowej oraz Statutem tej spółki pełni jedynie Prezes Rady Dyrektorów, tj. p. L. B., w odniesieniu do którego Konsorcjum China przedłożyło dokument potwierdzający jego niekaralność, a zatem wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, w związku z czym nie podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

2. naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania sposobem niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez nieuprawnione wykluczenie Konsorcjum China z udziału w postępowaniu i tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie Zamówienia.

II. Wskazując na powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Konsorcjum China z udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia;

2. uznania, że Konsorcjum China wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 p.z.p.;

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego kwoty 23.600,00 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

III. Wskazał ponadto, że Konsorcjum China otrzymało informację Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2016 r. o wykluczeniu Konsorcjum China z udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia poprzez email w tym samym dniu, stąd też niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem terminów przewidzianych w p.z.p.

IV. Legitymacja Odwołującego do złożenia odwołania

Wskazał również, że Konsorcjum China spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 p.z.p., tj. posiada interes w uzyskaniu

Zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy.

Powyższe jest uzasadnione następującymi okolicznościami:

- Konsorcjum China złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia;
- gdyby Konsorcjum China zostało zaproszone do składania ofert przez Zamawiającego, mogłoby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Konsorcjum China przedstawiło uzasadnienie odwołania jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie Zamówienia, które nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Postępowanie to prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. W toku tego postępowania Konsorcjum złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do którego, w ramach wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedłożyło zaświadczenie o niekaralności dla urzędującego członka organu zarządzającego Członka Konsorcjum - spółki CR3, tj. Prezesa Rady Dyrektorów. Zamawiający uznał jednak, że zaświadczenia takie powinny być zostać złożone w odniesieniu do każdego z członków Rady Dyrektorów i w konsekwencji na tej podstawie wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego jest jednak błędne.

I. Stan faktyczny

Zgodnie z ogłoszeniem o Zamówieniu, Zamawiający wymagał, by każdy z wykonawców wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 p.z.p. (pkt III.2.1).1.2.b) ogłoszenia), a w wypadku podmiotów zagranicznych poprzez złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, IOill p.z.p. (pkt III.2.3.2 ogłoszenia).

Dowód: Ogłoszenie o Zamówieniu (w aktach postępowania)

Konsorcjum złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia i w wykonaniu obowiązku wynikającego z pkt 111.2.3.2 ogłoszenia o Zamówieniu, dołączyło do tego wniosku dokumenty wydane przez organ właściwy zgodnie z prawem Chińskiej Republiki Ludowej, tj. przez Prokuraturę Ludową, poświadczające niekaralność członków organów zarządzających każdego z Członków Konsorcjum.

W odniesieniu do Członka Konsorcjum - spółki CR3, przedłożone zostało zawiadomienie o wynikach sprawdzenia ogólnokrajowej bazy rejestru przestępstw i korupcji, dotyczące samej spółki CR3 oraz p. L. B., będącego Prezesem Rady Dyrektorów tej spółki, potwierdzające ich niekaralność.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum przedłożyło również licencję handlową spółki CR3, w której wskazana została jej firma, forma prawna, siedziba, kapitał zakładowy, data utworzenia, przedmiot i okres działalności, a także reprezentant prawny, w osobie p. L. Ba. .

Konsorcjum przedłożyło również informację dodatkową do licencji handlowej, która dodatkowo wskazuje członków Rady Dyrektorów spółki CR3, a także wymienia Prezesa Rady Dyrektorów, tj. p. L. B., jako „prawnego reprezentanta / osobę odpowiedzialną”.

Dowód: Wniosek Konsorcjum China o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w aktach postępowania)

W dniu 6 lipca 2016 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum China m.in. do przedłożenia dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 p.z.p. dla „całego składu zarządczego” spółki CR3.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 6 lipca 2016 r. (w aktach postępowania)

Konsorcjum China odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 12 lipca 2016 r., w którym wyjaśniło, że jedyną osobą uprawnioną do reprezentacji spółki CR3 jest Prezes Rady Dyrektorów, a zatem jedynie on objęty jest obowiązkiem wykazania braku przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 p.z.p.

Dowód: Pismo Konsorcjum China z dnia 12 lipca 2016 r. (w aktach postępowania)

Pomimo złożonych przez Konsorcjum China wyjaśnień, w dniu 5 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu.

Dowód: Informacja Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2016 r. (w aktach postępowania)

II. Zarzuty odwołania

Obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających niekaralność członków organu Zarządzającego. Przepis art. 24 ust, 1 pkt 8 p.z.p. stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Art. 24 ust. 1 pkt 11 stanowi natomiast, że z postępowania wyklucza się również m.in. osoby prawne, których urzędującego członka - organu zarządzającego

prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (mającego zastosowanie do postępowania o udzielenie Zamówienia), na potwierdzenie, że w stosunku do wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia określone w powołanych powyżej przepisach, przedkłada się aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego. W wypadku podmiotów zagranicznych, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia podmiot taki powinien złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8,10 i 11 p.z.p.

Obowiązek złożenia wskazanych dokumentów dotyczy wyłącznie urzędujących członków organu zarządzającego wykonawcy, przy czym ani p.z.p. ani wskazane rozporządzenie nie wprowadzają definicji pojęcia „organu zarządzającego”. Co więcej, we wskazanych przepisach zostało ono odniesione ogólnie do osób prawnych, co wprost wskazuje na to, że w różnych sytuacjach mogą to być różne organy, w zależności od rodzaju osoby prawnej, sposobu jej organizacji wewnętrznej, prawa, pod którym działa itp.

W doktrynie wskazuje się, że ustawa ani inne przepisy nie definiują, które organy osób prawnych należy uznać za organy zarządzające ani który członek takiego organu może być uznany za urzędującego. Wpływ na to może mieć zarówno forma prawna osoby (spółka prawa handlowego, przedsiębiorstwo państwowe, spółdzielnia, fundacja itp.), jak i umowne lub statutowe rozwiązania właściwe dla każdej osoby prawnej. Z reguły jednak za organy zarządzające uznaje się organy wykonawcze, czyli np. zarząd, dyrektora, prezesa. Z tych względów przepis nie dotyczy członków rad nadzorczych. Nie dotyczy też prokurentów lub pełnomocników, gdyż ci jedynie reprezentują organ zarządzający, a nie są jego członkami. (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2015, Legalis, komentarz do art. 24 p.Z.p.).

W wypadku polskich spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnym, organem zarządzającym jest zarząd (art. 201 § 1 i 368 § 1 k.s.h.). Cechą wyróżniającą organu zarządzającego jest zatem prowadzenie spraw spółki i reprezentowanie jej na zewnątrz. Za organ zarządzający w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt. 8) i pkt. 11) należy zatem uznać taki organ, który spełnia oba te kryteria.

O ile w prawie polskim kompetencje zarządcze zostały wprost powierzone zarządowi i nie leżą one w sferze uprawnień żadnego innego organu spółki, jak np. rada nadzorcza, o tyle w innych porządkach prawnych istnieją w tym zakresie odmienne rozwiązania prawne. W

doktrynie wskazuje się, że pojęcie „członek organu zarządzającego” należy interpretować z uwzględnieniem przepisów regulujących ustrój danego podmiotu lub umowy go kreującej. (S. Babiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, 2013, Lex, komentarz do art. 24 p.z.p.).

W wypadku niektórych państw obcych (jak np. Francja, Szwajcaria), przepisy regulujące działalność spółek handlowych, będących odpowiednikami polskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przewidują tzw. monistyczny model organów spółki, w którym w ramach jednego organu (rady dyrektorów lub rady administracyjnej) łączone są różnego rodzaju kompetencje przysługujące jego poszczególnym członkom, tj. w zakresie prowadzenia spraw spółki, jej reprezentacji, nadzoru, jak również doradcze, finansowe itd. Podobny model stosowany jest w niektórych państwach azjatyckich (Chiny, Korea Południowa), gdzie w skład rady dyrektorów spółki również wchodzi osoby o różnych uprawnieniach, w tym często również tzw. dyrektorzy zewnętrzni - powołani spoza spółki, zasadniczo o kompetencjach kontrolnych.

Automatyczne przyjęcie, że wszystkie osoby wymienione jako członkowie organu spółki w rejestrze handlowym lub innym podobnym dokumencie (w wypadku spółki CR3 w licencji handlowej) są członkami organu zarządzającego, jest całkowicie nieuprawnione. Konieczne jest bowiem ustalenie które z tych osób są uprawnione do prowadzenia spraw i reprezentacji danej spółki - tylko takie osoby można bowiem uznać za wchodzące w skład organu zarządzającego osoby prawnej w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

W wyroku z dnia 16 stycznia 2015 r., KIO 2708/14, KIO 2717/14, KIO 2720/14, KIO 2723/14, KIO przeprowadziła taką analizę w odniesieniu do spółki prawa francuskiego: Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. (pkt 3) zamawiający wezwał konsorcjum D. do uzupełnienia wniosku o dokumenty dotyczące niekaralności osób wchodzących w skład Rady Administracyjnej spółki T. S.A, z tym zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przypadku, gdy te inne osoby (poza L. M. i M. M.) są uprawnione do reprezentacji spółki T. SA.. Z przedstawionego przez konsorcjum D. pisma z dnia 27 listopada 2014 r. stanowiącego jego wyjaśnienia, wynika iż "p. M. M. i M. L. pełnią funkcję odpowiadającą polskiemu rozumieniu pojęcia zarządu spółki i jej reprezentowania bez ograniczeń wobec osób trzecich". Wynika to z udzielonych tym osobom odrębnych pełnomocnictw. Zdaniem Izby, wyjaśnienie to było wystarczające, co potwierdza dokumentacja wniosku, gdyż pozostali członkowie Rady Administracyjnej, w tym oznaczone firmy, pełnią w niej funkcje rewizyjne, pomocnicze i nadzorcze, wspierając zarząd w jego działalności Pan J. R, jako Prezes, pełni funkcję administratora, a nie Dyrektora Zarządzającego. W konsekwencji, nie przedłożenie przez konsorcjum D. dokumentów dotyczących niekaralności, "co najmniej p. J. F." było zasadne, a zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia konsorcjum D. z tej przyczyny.

W wyroku KIO z dnia z dnia 3 października 2014 r., KIO 1928/14, przedmiotem analizy był organ zarządzający spółki prawa hiszpańskiego - w wyroku tym wskazano, że [W] prawie polskim nie występuje stanowisko sekretarza spółki. Ocenic zatem należało, jakie obowiązki wykonuje sekretarz spółki i czy wykonywanie tych czynności można uznać za działania przynależne członkom zarządu w rozumieniu regulacji prawa polskiego. Skoro zaś obowiązki sekretarza sprowadzają się do czynności organizacyjno-technicznych wspierających zarząd, to uznać należało, iż Pani A. G. L. nie jest urzędującym członkiem organu zarządzającego, o którym stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p., w związku z czym dla tej osoby nie musiała być złożona informacja o niekaralności z hiszpańskiego KRK, potwierdzająca stan na dzień składania wniosków o dopuszczenie.

Biorąc pod uwagę powołane powyżej stanowisko prezentowane w doktrynie i orzecznictwie należy stwierdzić, że w wypadku spółki prawa obcego obowiązek, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 p.z.p. dotyczy jedynie tych osób, wchodzących w skład organów takiej spółki, które dysponują kompetencjami zarządczymi rozumianymi jako prawo do prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentowania, przynależnymi członkom zarządu w rozumieniu prawa polskiego. Inne osoby wchodzące w skład organów spółki, ale posiadające jedynie kompetencje doradcze, administracyjne, pomocnicze, kontrole lub nadzorcze itp., nie są członkami organu zarządzającego na gruncie p.z.p. Zakres tych kompetencji należy natomiast ustalać na podstawie przepisów prawa państwa, w którym spółka działa oraz jej aktów wewnętrznych, tj. statutu, umowy spółki lub aktu założycielskiego itp.

2. Organ zarządzający spółki CR3 według prawa chińskiego

W wypadku spółki CR3 jej organem zarządzającym jest jedynie Prezes Rady Dyrektorów, będący reprezentantem prawnym spółki i jedyną osobą, którą łączy uprawnienie do prowadzenia spraw spółki i reprezentowania jej na zewnątrz. Wynika to przy tym zarówno z przepisów Kodeksu Spółek Chińskiej Republiki Ludowej (ustawa z dnia 29 grudnia 1993 r. z późn. zm. uchwalona przez Stały Komitet Ogólno chińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych), jak i ze Statutu spółki CR3.

Po pierwsze, chiński Kodeks Spółek przewiduje zamknięty katalog uprawnień Rady Dyrektorów, odmiennie niż w wypadku spółek polskich, gdzie zasadą jest, że zarząd wykonuje wszystkie czynności nienależące do kompetencji innego organu. W tym katalogu, nie zostało natomiast wskazane ani prawo do prowadzenia spraw spółki, ani prawo do jej reprezentacji.

W zakresie reprezentacji wskazany Kodeks Spółek stanowi natomiast, że reprezentantem prawnym jest prezes rady dyrektorów, dyrektor wykonawczy lub zarządca, w zależności od postanowień Statutu spółki. Jak wynika z Informacji dodatkowej do Licencji Handlowej, w spółce CR3 p. L. B. służy jako Prezes Rady Dyrektorów i jest jedyną osobą, która może prowadzić sprawy spółki oraz ją reprezentować.

Dowód: Tekst Kodeksu Spółek Chińskiej Republiki Ludowej w języku angielskim wraz z wyciągiem w języku polskim — Zał. nr 5

Również postanowienia Statutu spółki CR3 wskazują, że jedynie Prezesa Rady Dyrektorów można uznać za organ zarządzający w rozumieniu p.z.p. Zgodnie z Art. 6 Statutu, reprezentantem prawnym spółki jest bowiem jedynie Prezes Rady Dyrektorów. Co więcej, analiza Statutu, który określa odrębnie kompetencje Rady Dyrektorów, każdego z Dyrektorów oraz Prezesa Rady Dyrektorów, wskazuje jednoznacznie, że jedynie Prezes Rady Dyrektorów posiada w spółce uprawnienia zarządcze, takie jak:

- decydowanie o przedmiocie obrad Rady Dyrektorów i zwoływanie i przewodniczenie jej posiedzeniom;
- reprezentowanie spółki, jak również podpisywanie dokumentów wewnętrznych;
- podejmowanie decyzji we wszystkich sprawach spółki w nagłych okolicznościach;
- podpisywanie sprawozdań finansowych oraz badanie ich rzetelności;
- podpisywanie emitowanych przez spółkę papierów wartościowych.

Ani Rada Dyrektorów, ani Dyrektorzy samodzielnie, nie dysponują takimi kompetencjami - kompetencje innych Dyrektorów obejmują bowiem zasadniczo udział w posiedzeniach Rady Dyrektorów, zabieranie głosu, zgłaszanie sugestii co do zwołania Rady Dyrektorów oraz przekazywanie informacji wspólnikom.

Dowód: Statut spółki CR3 w języku chińskim wraz z tłumaczeniem na język angielski oraz wyciągiem w języku polskim — Zał. nr 6

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że jedynie Prezes Rady Dyrektorów spółki CR3 dysponuje takimi uprawnieniami, jakie przepisy k.s.h. przewidują dla zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, lub spółki akcyjnej. W związku z tym to Prezes Rady Dyrektorów, a nie Rada Dyrektorów, jest organem zarządzającym spółki CR3.

Prawidłowe wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w informacji o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu z dnia 5 sierpnia 2016 r. jest błędne, bowiem Zamawiający nieprawidłowo ustalił, że Konsorcjum China powinno było złożyć dokumenty potwierdzające niekaralność każdego z członków Rady Dyrektorów.

W piśmie tym Zamawiający stwierdził, że bez znaczenia dla sprawy jest podnoszony przez Wykonawcę fakt, że jedynie Pan L. B. może reprezentować spółkę, ponieważ nie kwestia możliwości reprezentowania (posiadania stosownych pełnomocnictw) stanowi o fakcie zasiadania (bycia członkiem) w organie zarządzającym. Przyjęte przez Zamawiającego stanowisko jest jednak błędne. Rzeczywiście, dysponowanie samym prawem reprezentacji nie jest warunkiem uznania, czy dana osoba wchodzi w skład danego organu. Jednak to prawo reprezentacji połączone z prawem prowadzenia spraw spółki jest jednak warunkiem uznania danego organu za organ zarządzający. Innymi słowy, dysponowanie samym

prawem do prowadzenia spraw spółki, bez prawa do reprezentacji nie pozwalałoby na zakwalifikowanie takiego organu jako organu zarządzającego.

O ile zatem w wypadku spółki CR3 Rada Dyrektorów składa się z 9 osób, to nie ma to żadnego znaczenia, ponieważ to nie ona jest organem zarządzającym tą spółką. Organem tym jest bowiem Prezes Rady Dyrektorów, którą to funkcję pełni p. L. B., w stosunku do którego został wydany i złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosowny dokument, potwierdzający, że nie jest on osobą karaną za jakiegokolwiek przestępstwo.

Błędne ustalenie przez Zamawiającego, jaki organ spółki CR3 jest jej organem zarządzającym, wynikające również z arbitralnego zignorowania przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień, doprowadziło Zamawiającego do wadliwego wniosku, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że Konsorcjum China podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu, naruszając w ten sposób przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, w której przewidziana w nim przesłanka nie była spełniona. Konsorcjum China bowiem prawidłowo wykazało, że przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 11 nie zachodzą w stosunku do żadnego z jego Członków, w tym również w stosunku do spółki CR3.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji

Działając w opisany powyżej sposób Zamawiający naruszył również zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 p.z.p., bowiem skierował do Konsorcjum żądanie przedłożenia dokumentów, do których złożenia Konsorcjum nie było zobowiązane, a następnie w konsekwencji braku złożenia tych dokumentów wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu, utrudniając w ten sposób Konsorcjum konkurowania w ramach postępowania.

Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem dotyczą one badania przez Zamawiającego spełnienia przez Konsorcjum China warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, co może doprowadzić do bezpodstawnego wykluczenia Konsorcjum China z udziału w postępowaniu, podczas gdy w ocenie Konsorcjum China nie podlega ono wykluczeniu, a zatem powinno być zostać zaproszone do składania ofert, co potencjalnie może prowadzić do złożenia przez Konsorcjum China oferty najkorzystniejszej.

Zważywszy na przytoczone powyżej argumenty wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Wpis od odwołania w kwocie 20.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (Załącznik nr 1).

Zamawiający został poinformowany o wniesieniu odwołania (Załącznik nr 8).

W związku z powyższym, w imieniu Konsorcjum China wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum China przedłożyło również licencję handlową spółki CR3, w której wskazana została jej firma, forma prawna, siedziba, kapitał zakładowy, data utworzenia, przedmiot i okres działalności, a także reprezentant prawny, w osobie p. L. B. . Konsorcjum China przedłożyło również informację dodatkową do licencji handlowej, która dodatkowo wskazuje członków Rady Dyrektorów spółki CR3, a także wymienia Prezesa Rady Dyrektorów, tj. p. L. B., jako „prawnego reprezentanta / osobę odpowiedzialną”.

W dniu 6 lipca 2016 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum China m.in. do przedłożenia dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 p.z.p. dla „całego składu zarządczego” spółki CR3. Konsorcjum China odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 12 lipca 2016 r., w którym wyjaśniło, że jedyną osobą uprawnioną do reprezentacji spółki CR3 jest Prezes Rady Dyrektorów, a zatem jedynie on objęty jest obowiązkiem wykazania braku przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 p.z.p. Pomimo złożonych przez Konsorcjum China wyjaśnień, w dniu 5 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Konsorcjum China z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu.

Zarzut odwołania oparto na naruszeniu następujących przepisów: z postępowania wyklucza się art. 24 ust. 1 pkt 8 p.z.p. wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Art. 24 ust. 1 pkt 11 z postępowania wyklucza się również m.in. osoby prawne, których urzędującego członka - organu zarządzającego

prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Na okoliczność jakie dokumenty należy przedłożyć w celu zbadania podstaw wykluczenia odwołujący przywołał § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, na potwierdzenie, że w stosunku do wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia określone w powołanych powyżej przepisach, przedkłada się aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego. W wypadku podmiotów zagranicznych, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia podmiot taki powinien złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4- 8,10 i 11 p.z.p.

Odwołujący przywołując powyższe przepisy stwierdza, że obowiązek złożenia wskazanych dokumentów dotyczy wyłącznie urzędujących członków organu zarządzającego wykonawcy, przy czym ani p.z.p. ani wskazane rozporządzenie nie wprowadzają definicji pojęcia „organu zarządzającego”. Co więcej, we wskazanych przepisach zostało ono odniesione ogólnie do osób prawnych, co wprost wskazuje na to, że w różnych sytuacjach mogą to być różne organy, w zależności od rodzaju osoby prawnej, sposobu jej organizacji wewnętrznej, prawa, pod którym działa.

Dla odwołującego cechą wyróżniającą organu zarządzającego jest prowadzenie spraw spółki i reprezentowanie jej na zewnątrz. Za organ zarządzający w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt. 8) i pkt. 11) należy zatem uznać taki organ, który spełnia oba te kryteria.

Dla odwołującego konieczne jest ustalenie, które z tych osób są uprawnione do prowadzenia spraw i reprezentacji danej spółki - tylko takie osoby można uznać za wchodzące w skład organu zarządzającego osoby prawnej w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Odwołujący powołując się na doktrynę i orzecznictwo twierdzi, że jeżeli członkowie organu mającego nawet w nazwie „zarząd” pełnią w nim tylko funkcje administracyjne, rewizyjne, pomocnicze i nadzorcze oraz tylko wspierają zarząd w jego działalności ale nie reprezentują podmiotu na zewnątrz to nie są urzędującymi członkami organu zarządzającego w myśl art.24 ust.1 pkt 8 p.z.p.

Odwołujący powołuje się na wypracowane stanowisko doktryny i orzecznictwa co do rozumienia pojęcia „urzędującego członka organu zarządzającego” w wypadku spółki prawa obcego należy ustalić które z osób wchodzących w skład organów takiej spółki, dysponują kompetencjami zarządczymi rozumianymi jako prawo do prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentowania, przynależnymi członkom zarządu w rozumieniu prawa polskiego. Inne osoby wchodzące w skład organów spółki, ale posiadające jedynie kompetencje doradcze, administracyjne, pomocnicze, kontrole lub nadzorcze itp., nie są członkami organu zarządzającego na gruncie p.z.p. Zakres tych kompetencji należy natomiast ustalać na

podstawie przepisów prawa państwa, w którym spółka działa oraz jej aktów wewnętrznych, tj. statutu, umowy spółki lub aktu założycielskiego. Odwołujący również przywołuje okoliczność:

Po pierwsze, chiński Kodeks Spółek przewiduje zamknięty katalog uprawnień Rady Dyrektorów, odmiennie niż w wypadku spółek polskich, gdzie zasadą jest, że zarząd wykonuje wszystkie czynności nienależące do kompetencji innego organu. W tym katalogu, nie zostało natomiast wskazane ani prawo do prowadzenia spraw spółki, ani prawo do jej reprezentacji.

Odnosząc się do wezwania zamawiającego zaznacza, że w piśmie tym Zamawiający stwierdził, że bez znaczenia dla sprawy jest podnoszony przez Wykonawcę fakt, że jedynie Pan L. B. może reprezentować spółkę, ponieważ nie kwestia możliwości reprezentowania (posiadania stosownych pełnomocnictw) stanowi o fakcie zasiadania (bycia członkiem) w organie zarządzającym.

Jednak wezwanie zamawiającego kwituje: przyjęte przez Zamawiającego stanowisko jest jednak błędne. Rzeczywiście, dysponowanie samym prawem reprezentacji nie jest warunkiem uznania, czy dana osoba wchodzi w skład danego organu. Jednak to prawo reprezentacji połączone z prawem prowadzenia spraw spółki jest jednak warunkiem uznania danego organu za organ zarządzający. Innymi słowy, dysponowanie samym prawem do prowadzenia spraw spółki, bez prawa do reprezentacji nie pozwalałoby na zakwalifikowanie takiego organu jako organu zarządzającego.

Odwołujący swoje wywody na temat nieuprawnionego wykluczenia jego z postępowania kwituje stwierdzeniem: Błędne ustalenie przez Zamawiającego, jaki organ spółki CR3 jest jej organem zarządzającym, wynikające również z arbitralnego zignorowania przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień, doprowadziło Zamawiającego do wadliwego wniosku, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu a w szczególności podkreślił swoje stanowisko co do oceny prawnej jego sytuacji stwierdzając w szczególności. Według Kodeksu Spółek Chińskiej Republiki Ludowej oraz Statutu członkowie Rady Dyrektorów prowadzą sprawy tylko i wyłącznie, które są im przypisane, odmiennie od zapisu KSH, gdzie zarząd prowadzi sprawy spółki za wyjątkiem spraw zastrzeżonych dla innych organów spółki. tylko Prezes Rady Dyrektorów ma prawo reprezentacji spółki na zewnątrz. Przywołuje art. 6 Statutu spółki analogiczny zapis jest zawarty w art. 13 KS ChRL, gdzie jest napisane, że Prezes Rady Dyrektorów, Dyrektor Wykonawczy lub Zarządca spółki będzie działać jako reprezentant prawny spółki zgodnie z postanowieniami Statutu spółki. Z kolei z art. 26 Statutu wynika, że członkowie Rady Dyrektorów mają ograniczone kompetencje wymienione w tymże artykule, gdzie nie znajduje się prawo reprezentacji spółki na zewnątrz. Są to funkcje o charakterze przygotowawczym i kontrolnym. Organem zarządzającym w tej

spółce jest organ, który prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę na zewnątrz i tym organem jest Prezes Rady Dyrektorów, tj. Pan L. B. . Wezwano nas tylko do uzupełnienia dokumentów, a nie do wyjaśnień. Dla nas to wezwanie było jednoznaczne co do treści, tzn. jeżeli nas wzywano o uzupełnienie składu zarządczego spółki to chodziło o Prezesa Rady Dyrektorów. Przywołuje w poczet dowodu pismo z 07.07.2016 r., w którym udzieliliśmy odpowiedzi, że jedynym reprezentantem prawnym jest Pan L. B. i powołujemy się na licencję. Myśmy nie mieli w ogóle wątpliwości, że zamawiającemu może chodzić o członków zarządu z załącznika do licencji, którzy mają przy nazwiskach przypisaną funkcję członka zarządu, ale nie są reprezentantami spółki.

Reasumując odwołujący uważa, że zamawiający bezprawnie jego wykluczył z postępowania.

Z kolei zamawiający na rozprawie przedstawił pismo z dnia 30 sierpnia 2016 roku w którym wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił szeroką i wszechstronną argumentację w sprawie stanowiska zamawiającego. Również na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko, przedstawiając je do protokołu.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów wskazanych przez strony z dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego jak i dowodów z dokumentów załączonych do odwołania i dalszych pism w toku postępowania odwoławczego oraz odpowiedzi zamawiającego na odwołanie Izba ustaliła.

Pismem z dnia 6 lipca 2016 roku zamawiający wezwał odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp do "uzupełnienia Wniosku w zakresie przedstawienia dokumentów w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt 4-8 , 10 i 11 Ustawy dla całego składu zarządczego w/w spółki". Przedtem wyjaśnił, że z dokumentu na stronie 72-75 wynika skład organu zarządczego spółki China Railway No 3. Engineering Group Co. Ltd. 9 (dziewięciu) osobowy a do Wniosku dołączono zaświadczenie o niekaralności tylko dla Pana L. B. .

W piśmie z dnia 12 lipca 2016 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie odwołujący nie załączył dowodów o niekaralności pozostałych ośmiu członków zarządu stwierdzając, że we Wniosku spełnił wymogi w zakresie art.24 ust.1 pkt 4-8, 10 i 11 dla każdego Konsorcjanta i ich przedstawicieli prawnych. W piśmie tym zamieścił odwołujący wywód prawny na okoliczność Biznes Licencji, z której wynika, że jest tylko jeden „Reprezentant prawny” Pan L. B. .

Do pisma uzupełniającego z dnia 18 sierpnia 2016 roku odwołujący załączył tłumaczenie przysięgłe z języka chińskiego Formularz zapytania o przedsiębiorstwo Administracja ds. Przemysłu i Handlu w prowincji Shanxi 03.03.2016 Informacja o prawnym reprezentancie/osobie odpowiedzialnej oraz Informacja o jednostce organizacyjnej, z której wynika, że reprezentantem prawnym jest Prezes Zarządu Pan L. B. a członków zarządu jest ośmiu oraz dziewięciu Prezes Zarządu Pan L. B. .

Do odwołania z dnia 16 sierpnia 2016 roku załączony został wyciąg z Kodeksu Spółek Chińskiej Republiki Ludowej z którego postanowień wynika, że Rada Dyrektorów odpowiada wobec wspólników i posiada kompetencje zarządcze (art.46 punkty od I do XI) .

Potwierdzeniem tych kompetencji jest w całości wyciąg ze Statutu w zakresie od artykułu 19 do artykułu 35. Regulacje zawarte w tych artykułach stanowią uszczegółowienie treści art.19 zgodnie z którym „Spółka ustanawia Radę Dyrektorów będącą organem podejmującym decyzje w sprawach działalności gospodarczej, zgodnie z prawem państwowym i Statutem Spółki, w celu wykonywania uprawnień Rady Dyrektorów i uprawnień przyznanych przez wspólników oraz ponoszenia odpowiedzialności za wszystkich wspólników”. Zgodnie z artykułem 21 Prezesa Rady Dyrektorów wybiera Rada Dyrektorów. Do uprawnień Prezesa Rady Dyrektorów należy nadzorowanie, kontrola i dbanie o wykonanie decyzji podjętych na posiedzeniu Rady Dyrektorów. Z kolei w myśl 6 artykułu Prezes Rady Dyrektorów jest prawnym reprezentantem Spółki.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający miał prawo wykluczyć odwołującego z postępowania w związku z nie doręczeniem na wezwanie zamawiającego brakujących zaświadczeń o niekaralności dla ośmiu członków zarządu spółki China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd. Chińska Republika Ludowa.

Zamawiający w sposób, który nie powinien budzić wątpliwości wezwał w dniu 6 lipca 2016 roku odwołującego do przedstawienia zaświadczeń o niekaralności dla pozostałych ośmiu członków zarządu (członków rady dyrektorów), ponieważ do Wniosku przedstawiono tylko zaświadczenie dla jednego z nich to jest dla Prezesa Zarządu (Prezesa Rady Dyrektorów). Odwołujący wezwania zamawiającego nie wykonał i w piśmie stanowiącym odpowiedź na to wezwanie stwierdził, że członkowie rady dyrektorów (członkowie zarządu) nie są nimi w rozumieniu art. 24 ust.1 pkt 8 i pkt 11 ustawy pzp. Odwołujący również nie zaskarżył czynności zamawiającego, wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy p.z.p., wnosząc odwołanie

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku rozstrzygnięcia Izby, nie uwzględniającego odwołania co do bezprawności wezwania, odwołujący nie utracił by prawa do skutecznego uzupełnienia brakujących zaświadczeń o niekaralności. Izba rozstrzygając zarzut naruszenia art.24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp odniesie się co do podniesionej bezprawności wezwania zamawiającego do przedłożenia zaświadczeń o niekaralności pozostałych ośmiu członków zarządu (rady dyrektorów). Dokonując oceny prawnej, przedłożonych przez odwołującego regulacji kodeksu spółek Chińskiej Republiki Ludowej i Statutu spółki, należy zauważyć, że to rada dyrektorów wybiera prezesa rady dyrektorów. Pomimo, że tylko prezes rady dyrektorów pełni funkcję reprezentanta prawnego spółki, to nie zwalnia to członków rady dyrektorów (członków zarządu) z odpowiedzialności wobec spółki za podjęte decyzje w związku z art.24 ust.1 pkt 8 i pkt 11 ustawy pzp. Sposób powoływania i usytuowanie prezesa rady dyrektorów w stosunku do rady dyrektorów nie wskazuje na jego zwierzchność, ponieważ to prezes wykonuje decyzje rady dyrektorów a nie odwrotnie. Dokonując porównania zakresu kompetencji rady dyrektorów oraz prezesa rady dyrektorów to należy stwierdzić, że rada dyrektorów ma kompetencje merytoryczne, decyzyjne a prezes posiada kompetencje formalne, do „podpisywania”. Reasumując zakres i waga kompetencji rady dyrektorów przy podejmowaniu decyzji dla funkcjonowania spółki a opisanych w kodeksie spółek CHRL jak i statucie Spółki zwłaszcza w art.19 statutu wskazuje radę dyrektorów jako organ ponoszący odpowiedzialność za działalność gospodarczą spółki. Pomimo, że członkowie rady dyrektorów nie podpisują dokumentów w imieniu spółki to są urzędującymi członkami zarządu w rozumieniu art.24 ust.1 pkt 8 czy też 1 ustawy pzp. ponoszącymi odpowiedzialność wobec spółki z racji podejmowanych decyzji prowadzenia działalności gospodarczej spółki zgodnie z przepisem art.19 statutu Spółki China Railway No.3 Engineering Group Co. Ltd. Chińska Republika Ludowa.

Podsumowując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy pzp, ponieważ nie stwierdzono naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 8 i pkt 11 oraz art.26 ust.3 i art.7 ust.1 i ust.3 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł. tytułem kosztów poniesionych na wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1530/16

Pismem z dnia 16.08.2016 r. wniesione zostało odwołanie na czynności podjęte w postępowaniu, a polegające na:

- 1)nieprawidłowym badaniu wniosku złożonego przez Odwołującego, skutkującego uznaniem, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;
- 2)wykluczeniu Odwołującego z Postępowania;
- 3)zaniechania zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu, mimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu i kwalifikuje się do udziału w dalszym etapie Postępowania.

Wadliwymi czynnościami Zamawiającego, zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1)art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazał spełnienie warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;
- 2)art. 51 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu, mimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu i kwalifikuje się do udziału w dalszym etapie Postępowania.

Stawiając powyższe zarzuty, wniesiono o:

- 1)uwzględnienie odwołania,
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności kwalifikacji Wykonawców,
- 3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- 4)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków (oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) z uwzględnieniem wniosku Odwołującego,
- 5)nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w przedmiotowym Postępowaniu,
- 6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał na Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w wyniku wadliwej czynności Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2016 roku, został wykluczony z Postępowania. W konsekwencji błędnej oceny wniosku Odwołującego, skutkującej wadliwą czynnością wykluczenia, Odwołujący nie został zaproszony do dalszego etapu Postępowania, tj. do etapu składania ofert. Zamawiający przewidział zaproszenie do składania ofert dla 8 wykonawców, których wnioski uzyskają najwyższą ilość punktów, zgodnie z przyjętymi kryteriami selekcji opartymi na warunkach udziału w postępowaniu. Czynnością z dnia 5 sierpnia 2016 roku, Zamawiający ocenił jedynie 6 wniosków jako kwalifikujących się do udziału w dalszym etapie postępowania. Gdyby zatem Odwołujący nie został wadliwie wykluczony z udziału w Postępowaniu, kwalifikowałby się do otrzymania zaproszenia do składania ofert.

Zatem, w związku z niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynnością Zamawiającego, Wykonawcy zamknęto drogę do ubiegania się o udzielenie zamówienia, co skutkuje możliwością poniesienia szkody związanej z brakiem uzyskania przedmiotowego Zamówienia.

Co do terminu na wniesienie odwołania to Odwołujący powziął informację o czynności Zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2016 roku w wyniku przesłania przez Zamawiającego - za pośrednictwem środków, o których mowa w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp - informacji o wyniku oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni i upływa w dniu 15 sierpnia 2016 roku, który jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Wobec powyższego termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 16 sierpnia 2016 roku. Kopia odwołania została - zgodnie z przepisem art. 180 ust. 5 ustawy Pzp - doręczona Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania - dowód doręczenia stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania. Potwierdzenie dokonania przelewu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu przedstawił następujące okoliczności formalne i prawne sprawy.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2016 roku, w wyniku badania treści złożonych wniosków wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami: 6 wniosków na 10 złożonych o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostało złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z Postępowania, którzy potwierdzili spełnienie warunków udziału w postępowaniu, natomiast 4 wykonawców - zgodnie z ustaleniami Zamawiającego - podlega wykluczeniu z Postępowania.

Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w piśmie z dnia 5 sierpnia 2016 roku Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie przepisu „art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3) Ustawy, z postępowania o

udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu."

W ramach uzasadnienia faktycznego podjętej czynności Zamawiający wskazał, że:

„W sekcji III 2.3) pkt II lit d) i lit e) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w celu oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków określonych w pkt IV przedstawił wraz z Wnioskiem wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót budowlanych w celu wykonania Zamówienia wraz z informacją podstawie dysponowania tymi zasobami. Jeżeli Wykonawca będzie polegał na potencjale technicznym innych podmiotów, zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji sprzętu i urządzeń na potrzeby wykonania Zamówienia, a ponadto w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania Zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda, by z pisemnego zobowiązania lub innych dokumentów złożonych wraz z Wnioskiem wynikał:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Pisemne zobowiązanie powinno być złożone wraz z dokumentem, z którego wynikać będzie umocowanie osoby/osób podpisującej/ych przedmiotowe zobowiązanie.

Zgodnie z powyższym Zamawiający wymagał w treści ogłoszenia o zamówieniu przedłożenia wraz z zobowiązaniem do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego dokumentów potwierdzających zakres umocowania osoby podpisującej zobowiązanie.

W złożonym Wniosku Wykonawca nie przedłożył zobowiązania do udostępnienia sprzętu - żurawia samojezdnego kolejowego o maksymalnym udźwigu co najmniej 30 t. (sekcja III 2.3) pkt IV ppkt. 2 lit I Ogłoszenia o zamówieniu). W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał Wykonawcę do uzupełnienia Wniosku w powyższym zakresie. W uzupełnieniu Wniosku z dnia 12 lipca 2016 roku Wykonawca przedstawił zobowiązanie firmy z Zhol zhondeushi Company LLP Kunaeva st. 12/1, Astana, Kazachstan (tł. „Kompanija Zol žondeuszi” Sp. z o.o) do udostępnienia potencjału technicznego w postaci Żurawia samojezdnego kolejowego o maksymalnym udźwigu co najmniej 30 ton, podpisane przez Pana M. K. Ya. (tł. M. C. J.), jednocześnie załączono odpis Spółki „Kompanija Žol žondeuszi” Sp. z o.o m. Astana, ul. D. Kunaeva 12/1 ,WP 16 oraz Uchwałę jedyne go udziałowca spółki Žol žendeuszi” Spółki partnerskiej z ograniczoną odpowiedzialnością tj. spółki TOO Prime System KZ („Uchwała”) podpisaną przez Pana M. S.A., z której wynikało,

że Pan M. SA. działa w imieniu Spółki Prime System KZ, jedynego udziałowca „Zol žendeuszi” Spółki partnerskiej z ograniczoną odpowiedzialnością i udzielił pełnomocnictwa M. C. J. do reprezentowania tej spółki „Zol žendeuszi” Spółki partnerskiej z ograniczoną odpowiedzialnością w projektach realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA.

Z treści przedłożonych dokumentów nie wynikało czy i jakim zakresie Pan M. S.A. podpisując Uchwałę był uprawniony do podpisania tego dokumentu.

W związku z tym Zamawiający w dniu 20 lipca 2016 roku na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania z jakich okoliczności wynika umocowanie Pana M. S.A do podpisania Uchwały w imieniu spółki TOO Prime System KZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 22 lipca 2016 r. Wykonawca przedłożył dokument rejestrowy firmy TOO Prime System KZ. Z treści złożonych wyjaśnień wynikało, że na gruncie prawa kazańskiego w przypadku, gdy jedynym udziałowcem spółki jest inna spółka, to ma ona uprawnienie do jej reprezentowania w zakresie niezastrzeżonym szczegółowymi regulacjami. Jednakże z dokumentu rejestrowego TOO Prime System KZ nie wynikały zasady jej reprezentacji - z dokumentu można było jedynie wywieść informację, iż P. M. S.A. pełni w spółce funkcję Dyrektora i jest jednym z jej dwóch współwłaścicieli.

Ponadto Wykonawca był zobowiązany przedłożyć ciąg dokumentów potwierdzających zakres umocowania osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do uzupełnienia Zamawiającego skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 Ustawy w dniu 6 lipca 2016 roku. Wykonawca załączając do Wyjaśnień z dnia 22 lipca 2016 r. kolejne dokumenty potwierdzające, że Pan M. C. Y. był uprawniony do podpisania zobowiązania dokonał ponownego uzupełnienia tego samego dokumentu. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika natomiast wniosek, że na gruncie Prawa zamówień publicznych obowiązuje zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, dlatego też należy uznać, iż Zamawiający nie był związany treścią ww. dokumentów. Dokumenty załączone przez Wykonawcę w uzupełnieniu nie potwierdziły natomiast, że Pan M. C. Y. był osobą uprawnioną do podpisania zobowiązania.

W związku z powyższym należy uznać, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym."

W ocenie Odwołującego przedstawione powyżej okoliczności faktyczne nie uzasadniają twierdzenia, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, która to okoliczność mogłaby być podstawą podjętej przez Zamawiającego czynności. W tym kontekście wskazać należy, że Zamawiający nie kwestionował skuteczności dokonanego udostępnienia, a tym samym faktycznego dysponowania przez Wykonawcę omawianym zasobem, w zakresie który potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a jedynie w treści uzasadniania o wykluczeniu wyartykułował swoje wątpliwości dotyczące udokumentowania przez

Odwołującego prawidłowości umocowania osoby podpisującej zobowiązanie do udostępniania zasobów.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Zamawiający - mimo ogólnego sformułowania zawartego w treści ogłoszenia o zamówieniu - nie mógł wymagać od wykonawców przedstawienia określonych dokumentów wykazujących umocowanie, a tym bardziej wyciągać jakichkolwiek negatywnych konsekwencji związanych ze sposobem, w jaki Odwołujący - wszystkimi dostępnymi sobie środkami - prawidłowość tego umocowania wykazał.

W tym przedmiocie wielokrotnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, podkreślając m.in. w wyroku KIO z dnia 25.06.2013 roku (KIO 1359/13), że: „Należy zauważyć, że art. 26 ust. 3 P.z.p. wyodrębnia dokument pełnomocnictwa od dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 25 ust 1 P.z.p. W konsekwencji dokumenty stwierdzające umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie mogą być uznane za dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro w wezwaniu z dnia 21 maja 2013 r. Wykonawca przedłożył stosowne zobowiązanie o odpowiedniej treści i formie - Zamawiający jego nie kwestionował, czyli zobowiązanie jest realne, nie można mówić o nie spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z rozdz. V ust 1 pkt 3 SIWZ.

Z treści przepisu art. 26 ust. 2b P.z.p., określającej obowiązek wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, ani innego przepisu P.z.p., tudzież rozporządzenia wykonawczego, tj. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) nie wynika obowiązek złożenia pełnomocnictw, upoważnień lub KRS-u, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie, do reprezentacji danego podmiotu. Izba podzieliła także stanowisko Odwołującego, że w zakresie stosownych dokumentów potwierdzających umocowanie, Zamawiający ma prawo jedynie oczekiwać od Wykonawcy wyjaśnień treści złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust 4 P.z.p. Powyższe było tym bardziej zasadne wobec wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, na które wskazywał na rozprawie. Należy także przypomnieć, że zastosowanie art. 26 ust. 4 P.z.p. jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego uprawnieniem.”.

Analogicznie wypowiedział się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 27czerwca 2012 roku [KIO 1259/12), wskazując, że: „Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p., wymieniając "zobowiązanie" jako dokument, który "w szczególności" może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających

umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Takiej podstawy nie dają także przepisy rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). (...) Do żądania wprost w ogłoszeniu o zamówieniu pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie w celu wykazania zasad ich reprezentacji nie uprawnia zamawiającego żaden przepis p.z.p., ani powołane rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający nie będzie także uprawniony do żądania uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.". Mając na względzie powyższe zapatrywania wyrażone w orzecznictwie nie sposób twierdzić o prawidłowości czynności Zamawiającego, który z jednej Strony nie uznał za wystarczające szczegółowych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, z drugiej zaś za niedopuszczalne i niewiążące Zamawiającego potraktował udokumentowane wyjaśnienia, potwierdzające prawdziwość okoliczności przytaczanych w piśmie przez Odwołującego. Ze względu na fakt, że Zamawiający nie mógł oczekiwać od Odwołującego konkretnych dokumentów wykazujących umocowanie, gdyż żaden przepis ustawy Pzp, ani aktów wykonawczych do tej ustawy, nie przyznaje Zamawiającemu takiego uprawnienia, ogólne sformułowanie o konieczności wykazania umocowania, wskazuje, że Odwołujący mógł dokonać tego dowolnymi środkami. Co więcej, podkreślenia wymaga fakt, że mogły to być jedynie środki opierające się na dokumentach, które były wydane przez upoważnione do tego organy w kraju, w którym ma zarejestrowaną siedzibę podmiot udzielający zobowiązania. Nie można zatem czynić jakichkolwiek analogii do dokumentów rejestrowych wydawanych w kraju Zamawiającego, które określają pewien sprecyzowany zakres danych i z braku zawarcia w nich pożądaných przez Zamawiającego informacji, czynić jakichkolwiek zarzutów Odwołującemu z powodu rzekomego niewywiązania się z obowiązku prawidłowego wykazania umocowania. Wszelkie dane, które były niezbędne Zamawiającemu do stwierdzenia prawidłowości umocowania zawarte były w przedłożonych dokumentach urzędowych kraju siedziby podmiotu zobowiązanego - na treść których wszakże Odwołujący nie ma wpływu, a w pozostałym zakresie zostały szczegółowo omówione i wyjaśnione w treści pisma złożonego w dniu 21 lipca 2016 roku, tj. w treści odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślenia także wymaga, że skoro przepis art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania w przypadku dokumentów - innych niż dokument samego zobowiązania - dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, z jednoczesnym zaznaczeniem, że omawiana sytuacja nie odnosi się do okoliczności wynikających z przepisu § 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty mogą być składane, nie

ma w okolicznościach niniejszej sprawy zastosowania wskazywana przez Zamawiającego zasada jednokrotnego wezwania do uzupełniania. Dlatego też Zamawiający musiał uwzględnić w toku prowadzonej analizy treść wyjaśnień, jak i dołączonych do nich dokumentów, stanowiących środki dowodowe, w celu dokonania kompleksowej oceny prezentowanych przez Odwołującego informacji.

Tymczasem zakres dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz ze zobowiązaniem, jak i w toku udzielonych wyjaśnień, pozwala na stwierdzenie, że wszystkie osoby były umocowane do złożenia kwestionowanych przez Zamawiającego oświadczeń, co potwierdzają dołączone w stosownej formie dokumenty urzędowe.

Poza powyższym uzasadnieniem odnoszącym się wprost do formalnej poprawności zobowiązania do udostępniania zasobów, nie sposób nie wspomnieć, że Zamawiający zdaje się kwestionować uprawnienie jedynego wspólnika spółki (Zgromadzenia Wspólników), jako najważniejszego organu spółki do podejmowania decyzji w przedmiocie zakresu i sposobu jej reprezentacji. Skoro najwyższy organ spółki jest co do zasady uprawniony do powoływania członków organu reprezentującego spółkę na zewnątrz, to tym bardziej jest uprawniony do udzielenia pełnomocnictwa, w szczególności że rodzaj czynności, której dotyczy umocowanie, odnosi się do działalności spółki prowadzonej poza granicami kraju rejestracji jej siedziby. Zważywszy chociażby na tę okoliczność, wynikającą z zasad rozumowania a minori ad maius, brak kwestionowania przez Zamawiającego faktów odnoszących się do struktury właścicielskiej obu spółek, pozwala na przyjęcie, że Zamawiający powinien uznać za ważną i skuteczną czynność podjętą przez jedynego udziałowca w stosunku do podmiotu zależnego.

Uwzględniając wszystkie powyższe argumenty, bazujące wprost na dokumentach znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, wskazać należy, że czynność oceny wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz czynność wykluczenia Odwołującego są błędne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający dysponował wszelkimi dostępnymi dokumentami, z których wywieść można prawidłowość umocowania osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów, brak natomiast jakichkolwiek podstaw do uznania za zasadne i prawidłowe twierdzeń Zamawiającego odnoszących się do procedury uzupełniania tych dokumentów, czy też koniecznego ich zakresu. Wskazać bowiem należy, że zakres tych dokumentów, jak również ich treść, determinowane były rodzajem dokumentów wydawanych przez upoważnione organy kraju siedziby podmiotu zobowiązanego, wszelkie zaś uszczegółowienia zostały w sposób klarowny zaprezentowane przez Odwołującego w treści składanych wyjaśnień. Jednocześnie jakiegokolwiek - w tym wypadku nieuzasadnione - wątpliwości Zamawiającego odnośnie dokumentów rejestrowych zaangażowanych podmiotów nie mogą być podstawą uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem jak zostało już wskazane -

Zamawiający nie kwestionował prawidłowości dokumentu zobowiązania, który jako jedyny (obok stosownego wykazu) jest relewantny dla oceny spełniania omawianego warunku.

Uwzględniając wszystkie powyższe argumenty, bazujące wprost na dokumentach znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, wskazać należy, że czynność oceny wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz czynność wykluczenia Odwołującego są błędne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający dysponował wszelkimi dostępnymi dokumentami, z których wywieść można prawidłowość umocowania osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów, brak natomiast jakichkolwiek podstaw do uznania za zasadne i prawidłowe twierdzeń Zamawiającego odnoszących się do procedury uzupełniania tych dokumentów, czy też koniecznego ich zakresu.

W tym stanie rzeczy, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Na rozprawie na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentów przywołanych z dokumentacji postępowania ustalono jak poniżej.

Odwołujący potwierdził, że do wniosku nie było załączonego zobowiązania o udostępnienie sprzętu jakim jest żuraw samojezdny kolejowy o maksymalnym udźwigu co najmniej 30 ton. Zobowiązanie zostało złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 06.07.2016 r. Przedstawiono zobowiązanie, które nosi datę dnia 14.03.2016 r. i jest podpisane przez Pana M. K. Y. . Do tego zobowiązania załączył wypis z Krajowego Rejestru Gospodarczych Numerów Identyfikacyjnych Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Kazachstan. Z treści którego między innymi wynika, iż współnikiem spółki Kompanija Żol žendeuszi Sp. z o. o. i że jego współnikiem jest Sp. z o. o. „Prime System KZ”. Dokument jest wystawiony z datą 09.02.2016 r. Kolejno przedłożono uchwałę jedyne go udziałowca spółki partnerskiej Sp. z o. o. Żol žendeuszi z której wynika, że dyrektor M. działający na mocy statutu udzielił pełnomocnictwa Panu M. C. Y. . Z kolei z treści tej uchwały wynika, że ma prawo reprezentować interesy spółki w RP w sprawach udziału w projektach realizowanych przez PKP PLK S.A., w tym udziela mu się pełnomocnictwa do podpisywania w imieniu spółki oświadczeń woli, jak również do składania innych oświadczeń i deklaracji w związku z udziałem w procedurze przetargowej. Uchwała nosi datę dnia 09.02.2016 r. i przedłożony wykaz oraz wypis z rejestru wraz z uchwałą odpowiada literalnie treści wezwania z 06.07.2016 r. w zakresie umocowania podpisującej zobowiązanie. W związku z wezwaniem spółki w trybie 26 ust. 4 pismem z dnia 20.07.2016 r. w dniu 21.07.2016 r. złożone zostały

wyjaśnienia co do wszystkich 3 punktów wezwania. Na pytanie pierwsze z czego wynika prawo spółki Prime do oświadczeń w imieniu Kompanija wyjaśniono, że wynika to z tego, że spółka Prime jest jedynym współnikiem spółki Kompanija, czyli jest jej właścicielem. Wyjaśnienie odnoszące się do punktu ad. 1 stanowi oświadczenie. Powołano się również na statut, nie przedkładając co prawda jego treści, ale wezwanie do złożenia wyjaśnień. Odpowiadając na pytanie 2 z którego dokumentu wynika, że dyrektor M. jest upoważniony w imieniu Prime. W treści uchwały zawarte jest oświadczenie tej osoby, a brak jest dokumentu zewnętrznego np. wypis z rejestru. Odpowiadając na to pytanie ad. 2 odwołujący stwierdził, że załączony był wyciąg z Państwowego Rejestru Numerów Przedsiębiorców z 29.02.2016 r.. W rejestrze tym Pan M. figuruje jako dyrektor uprawniony do prezentowania spółki. Do wyjaśnień załączono dokument Urząd Państwowy Wydział Sprawiedliwości Miasta Astany Republiki Kazachstanu o treści, iż po rozpatrzeniu zgłoszenia przekazuje wyciąg z którego wynika, że Prime System KZ Sp. z o. o. dyrektorem jest M., występujący również jako założyciel. W punkcie 3 pisma zamawiającego w którym podnosi z którego to postanowienia uchwały wynika, że Pan M. HJ jest upoważniony do składania oświadczeń w zakresie potencjału technicznego, bo według zamawiającego z treści uchwały wynika umocowanie do składania oświadczeń woli, gdy spółka Kompanija Z. z. Sp. z o. o. samodzielnie lub z innymi podmiotami składa wnioski o dopuszczenie do udziału odpowiedzi udzielono w punkcie 3. W związku z tym udzielając odpowiedzi w punkcie 3 odwołujący przywołał uchwałę 0902/2016, zarówno brzmienie punktu D jak i C, bowiem w odróżnieniu od punktu B, gdzie spółka Żoł samodzielnie występuje w procedurach lub w konsorcjum, to pkt D i C przewidują składania oświadczeń w ogóle w postępowaniach przetargowych, czyli jak tu zaistniało składając zobowiązanie do udostępnienia sprzętu. Mimo tych wyjaśnień odwołujący stwierdził, że pismem zamawiającego z dnia 05.08.2016 r. powiadomiono o wykluczeniu odwołującego z postępowania z powodu nieprzedstawienia dokumentów rejestrowych. Przy czym w wezwaniu z dnia 06.07.2016 r. nie było żądania przedstawienia ciągu dokumentów wskazujących na uprawnienie osoby podpisującej zobowiązanie do reprezentacji podmiotu Żoł.. Odwołujący przywołał jedno z orzeczeń Izby, tj. KIO 2818/12 z którego wynika, że jeżeli zamawiający zdecydował się ponownie wezwać o udzielenie wyjaśnień to nie może czynić zarzutu wykonawcy, że zastosował się do tego i stawiać mu zarzutu, że nie można wielokrotnie wzywać. Przywołuje na to, iż można wielokrotnie wzywać w pewnych okolicznościach takie wyroki KIO jak 732/12, 727/12, 731/12, 735/12. Odwołujący podkreślił, że ogłoszenie przewidywało, że przedstawiając zobowiązanie podmiotu trzeciego należy dołączyć upoważnienie dla osoby podpisującej to zobowiązanie. Chciałabym przywołać orzeczenie KIO 447/12 w którym to stwierdza się, że w przypadku udostępnienia zasobów jakim jest sprzęt zamawiający nie miał prawa żądać od podmiotu udostępniającego odpisu z

rejestr, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. W mojej ocenie kwestia rodzaju dokumentów, które należy przedłożyć celem wykazania prawa do podpisu na zobowiązaniu jest kwestią indywidualną, zależną od okoliczności, nie regulowaną przepisami w sytuacji kiedy dany podmiot nie bierze udziału w realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego należycie wykonali obowiązek wykazania prawa podpisu przez Pana M. na zobowiązaniu udostępnienia sprzętu.

Na rozprawie zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania stwierdził, że aby zobowiązanie było skuteczne to osoba je podpisująca składa po pierwsze oświadczenie woli i ono powinno być wiarygodne i pewne co do jego skuteczności. Chciałbym stwierdzić, iż wniosek, który został złożony przez odwołującego w pozycji 12 wykazu narzędzi wskazywał na korzystanie z potencjału użyczonego i nie załączył zobowiązania do udostępnienia tego potencjału. W związku z tym zamawiający 06.07.2016 r. wezwał do uzupełnienia brakujących dokumentów, ale nie narzucając sposobu jego uzupełnienia. Wzywając w punkcie 4 zacytowaliśmy dosłownie sekcje III 2.3 pkt 4, gdzie przewidzieliśmy, iż pisemne zobowiązania należy złożyć z dokumentem z którego wynikać będzie umocowanie osób. Zamawiający nie zgadzam się z twierdzeniem odwołującego, że on literalnie wykonał wezwanie składając pełnomocnictwo. W związku z tym w zależności od sytuacji może to być pełnomocnictwo, wypis z rejestru lub też ciąg dokumentów mocujących do podpisu. W zależności od sytuacji winny być złożone inne dokumenty mocujące. W tym wypadku zamawiający uważał, że powinien być odpis z rejestru spółki z którego będzie wynikać upoważnienie do jej reprezentowania. W zaistniałej sytuacji pismem z dnia 06.07.2016 r., strona 3, pkt 4 wezwano do uzupełnienia wniosku i do złożenia dokumentu umocowania osoby podpisującej zobowiązanie w trybie 26 ust. 3. W dniu 12.07.2016 r. otrzymaliśmy zobowiązanie z dnia 14.03.2016 r. podpisane przez Pana M. KY do którego zamawiający zastrzeżeń co do treści tego wykazu. Natomiast zamawiający ma uwagi co jego skuteczności w związku ze złożonym podpisem do którego nie przedłożono stosownych umocowań, bo załączono do tego zobowiązania wypis z KRG NI Republiki Kazachstan, gdzie jest informacja, że współnikiem jest Sp. z o. o. Prime System KZ z 09.02.2016 r. i dalej załączono jedynie uchwałę 0902/201, która upoważnia M. do podpisania przez M., który przywołuje statut, a jego prawo podpisania upoważnienia dla M. nie jest uzasadnione wypisem z rejestru spółki Prime System KZ. W ocenie pełnomocnika zamawiającego tylko wypis z rejestru Prime System KZ w którym M. byłby wymieniany jako reprezentant dawałoby mu prawo do takiej uchwały. Natomiast nie wykazano na ten dzień jego prawa do udzielenia pełnomocnictwa M. . Dopiero wezwanie nasze z 20.07.2016 r. o wyjaśnienie uzupełnionego zobowiązania poprzez zadanie 3 pytań powoduje, że odwołujący w dniu 21.07.2016 r. wyjaśnia i załącza wypis z Departamentu Sprawiedliwości Miasta Astany wykazujący, iż M. jest dyrektorem i założycielem. Ewentualnie dokument

upoważniający do dania pełnomocnictwa M. . Nawet uwzględniając jako prawo do wyjaśnień dalszych czy uzupełnień załączony dokument przy piśmie 21.07.2016 r. nadal mam wątpliwości, a wręcz pewność, że nie mam upoważnienia od spółki Żol do reprezentowania jej rzecz Pana M., który jest owszem założycielem i dyrektorem, ale Prime System KZ, która jest właścicielem Żola. Uważam, że Pan M. mimo, że jest właścicielem jedynym spółki Żol. Zwracam uwagę jeszcze na kwestię, że założycielem Prime System KZ jest nie tylko Pan M. SA, ale również S. OK. Uważa, że Pan M. mimo, że jest upoważniony domniemywam do reprezentowania Prime, to nie oznacza, że jest upoważniony do reprezentowania Żol, nie może zastępować organów statutowych Żol. Zwraca uwagę, że orzecznictwo, którym posługuje się odwołujący pochodzi z 2012. Orzecznictwo przywoływane z okresu 2012 na dzień dzisiejszy jest nieaktualne wobec zmiany przepisów co do udostępniania zasobów. Reasumując nasz zapis w ogłoszeniu jest uprawniony, a umocowanie jak już wspominałem może wynikać z pełnomocnictwa lub przedstawicielstwa, ani jedno ani drugie nie zostało wykazane na skutek wezwania w związku z treścią złożonego wniosku do którego nie załączono odwołania. Dodatkowo wskazuje również, że w uchwale powołuje się Pan M. na statut i ze statutu wywodzi swoje prawo udzielenia pełnomocnictwa Panu M. dla spółki Prime, a nie załącza tegoż statutu. W tej sytuacji uważam, że powinien być ciąg upoważnień dla Pan M. w związku z działaniem w imieniu Żola, a takiego ciągu nie ma.

Trudno zrozumieć po co wystosowano wezwanie w dniu 21.07.2016 r. skoro wykonanie jego spowodowało jednak wykluczenie nas, mimo udzielenia na wszystkie pytania, zgodnie z żądanym zakresem. Uważam, że w takiej sytuacji wezwania te należy uznać za mylące, pozorne czy też wprowadzające w błąd. Żądanie ewentualne przedłożenia dokumentu jakim jest statut nie jest uregulowane w ustawie ani w przepisach wykonawczych. Uważam, że jeżeli chodzi o oświadczenie Pana M. to jest oświadczenie woli i powinno być przyjęte. Natomiast skoro zamawiający po tym wyjaśnieniu z 12.07.2016 r. i załączonych dokumentach wzywa do dalszych wyjaśnień to niezrozumiałe jest ich nieprzyjęcie i w efekcie wykluczenie z postępowania. Po co nas się wzywa o wyjaśnienia, które w sposób wyczerpujący udzieliliśmy, skoro w efekcie ich udzielenia nas się wyklucza. Uważam, że skoro zamawiający wystosował do nas wezwanie i otrzymał udzielone wyjaśnienia zgodnie z treścią tego wezwania to nie może w konsekwencji swojego wezwania powodować ujemnych skutków dla wykonawcy, który udzielił mu wyjaśnień na jego wezwanie.

Zamawiający przede wszystkim uważa, że nie można sanować braku dokumentu w związku z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień. Uważam, że taki pogląd nie wytrzymuje w kontekście sprawy i orzecznictwa. Uważam, że wezwanie z 06.07.2016 r. było jasne i jednoznaczne, a realność udostępnienia sprzętu mogła nastąpić tylko przez wykazanie jej dokumentami, które to potwierdzają w tym zakresie również co do podpisu.

W związku z tym oświadczenia Pana M. na podstawie uchwały z przywołaniem statutu nie są wystarczającymi, bo Pan M. upoważnienie do podpisu powinien wywodzić albo z rejestru albo z upoważnienia wydanego na podstawie tego rejestru. Natomiast twierdzenie, iż może to uczynić bez ograniczeń właściciel wspólnika jest nie do przyjęcia. Nie znajdujemy na dzień dzisiejszy wyjaśnienia z czego M. może składać w imieniu Żol Kompanija oświadczenia w oparciu o złożone dokumenty. Nie znajdujemy również żadnego potwierdzenia, że Prime jako wspólnik Żol Kompanija może reprezentować tę spółkę w konsekwencji poprzez wyjaśnienia, a co potwierdza naszą wolę sanowania tego wniosku, nie udało się ustalić na podstawie dokumentów prawo Pana M. do podpisania zobowiązania o udostępnieniu żurawia kolejowego.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela argumentację formalną i prawną odwołującego.

Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art.7 ust.1 i art.51 ust.1 ustawy pzp wskazując na nieuprawnione wykluczenie z postępowania z powodu nie spełnienia warunku udziału w zakresie skutecznego udostępnienia sprzętu technicznego to jest żurawia samojezdnego. W konsekwencji czynności zamawiającego nie zaproszono odwołującego do złożenia oferty w prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu zawarł wymóg wykazania upoważnienia do złożenia zobowiązania o udostępnieniu cudzego zasobu. Izba podziela stanowisko odwołującego co do zasady - mimo ogólnego w tym zakresie sformułowania zawartego w ogłoszeniu – braku podstaw wymagania od wykonawców przedstawienia określonych dokumentów wykazujących umocowanie. Tym bardziej Izba podziela stanowisko odwołującego co do wyciągania negatywnych konsekwencji związanych ze sposobem, w jaki odwołujący - wszystkimi dostępnymi sobie środkami - prawidłowość tego umocowania w toku postępowania przed zamawiającym wykazał.

Z treści przepisu art. 26 ust. 2b P.z.p., określającego obowiązek wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, ani innego przepisu ustawy p.z.p. oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231),

nie można wywieść obowiązku złożenia pełnomocnictw, upoważnień lub KRS - u, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie, do reprezentacji danego podmiotu. Nie mniej w praktyce rynku zamówień publicznych w związku z istniejącym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej takie żądania zamawiających są w miarę powszechne.

Jak odwołujący słusznie zauważył podkreślenia wymaga okoliczność, że skoro przepis art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania w przypadku dokumentów - innych niż dokument samego zobowiązania - dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, z jednoczesnym zaznaczeniem, że omawiana sytuacja nie odnosi się do okoliczności wynikających z przepisu § 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty mogą być składane, nie ma w okolicznościach niniejszej sprawy zastosowania wskazywana przez zamawiającego zasada jednokrotnego wezwania do uzupełniania. Dlatego też zamawiający musiał uwzględnić w toku prowadzonej analizy treść wyjaśnień, jak i dołączonych do nich dokumentów, stanowiących środki dowodowe, w celu dokonania kompleksowej oceny prezentowanych przez odwołującego informacji.

Przechodząc do złożonych wyjaśnień i dokumentów na wezwanie zamawiającego należy podkreślić, że zamawiający co do zasady kwestionuje prawo jedynego wspólnika spółki czyli właściciela spółki do podejmowania decyzji w przedmiocie zakresu i sposobu jej reprezentacji. Słusznie odwołujący wywodzi, że skoro najwyższy organ spółki jest co do zasady uprawniony do powoływania członków organu reprezentującego spółkę na zewnątrz, to tym bardziej jest uprawniony do udzielenia pełnomocnictwa, w sytuacji gdy rodzaj czynności, której dotyczy umocowanie, odnosi się do działalności spółki prowadzonej poza granicami kraju rejestracji jej siedziby.

Zamawiający w wyniku wyjaśnień i uzupełnień dokumentów przez odwołującego dysponował wszelkimi dostępnymi dokumentami, z których wywieść mógł prawidłowość umocowania osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Natomiast brak jest podstaw do uznania za zasadne i prawidłowe twierdzeń zamawiającego odnoszących się do procedury uzupełniania tych dokumentów, czy też koniecznego ich zakresu.

W ocenie Izby przedłożone dokumenty i wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego do ich przedłożenia uwiarygodniają zobowiązanie. Bowiem zobowiązanie, które nosi datę 14.03.2016 r. jest podpisane przez Pana M. K. Y. . Do tego załączono wypis z Krajowego Rejestru Gospodarczych Numerów Identyfikacyjnych Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Kazachstan. Z treści jego wynika, iż współnikiem spółki Kompanija Žol žendeuszi Sp. z o. o. jest Sp. z o. o. „Prime System KZ”. Przedłożono uchwałę jedynego udziałowca spółki Sp. z o.

o. Żoł zendeuszi z której wynika, że dyrektor M. działający na mocy statutu udzielił pełnomocnictwa Panu M. C. Y. . Z tej treści wynika, że ma prawo reprezentować interesy spółki w RP w sprawach udziału w projektach realizowanych przez PKP PLK S.A., w tym udziela mu się pełnomocnictwa do podpisywania w imieniu spółki oświadczeń woli, jak również do składania innych oświadczeń i deklaracji w związku z udziałem w procedurze przetargowej. Uchwała nosi datę dnia 09.02.2016 r. i przedłożony wykaz oraz wypis z rejestru wraz z uchwałą odpowiada literalnie treści wezwania z 06.07.2016 r. w zakresie umocowania osoby podpisującej zobowiązanie. Dalej wezwano w trybie 26 ust. 4 pismem z dnia 20.07.2016 r. a w dniu 21.07.2016 r. złożone zostały wyjaśnienia co do wszystkich 3 punktów wezwania. Na pytanie pierwsze z czego wynika prawo spółki Prime do oświadczeń w imieniu Kompanija wyjaśniono, że wynika to z tego, że spółka Prime jest jedynym wspólnikiem spółki Kompanija, czyli jest jej właścicielem. Wyjaśnienie odnoszące się do punktu ad. 1 stanowi oświadczenie. Powołano się również na statut, nie przedkładając co prawda jego treści, ale wezwanie do złożenia wyjaśnień. Odpowiadając na pytanie 2 z którego dokumentu wynika, że dyrektor M. jest upoważniony w imieniu Prime. W treści uchwały zawarte jest oświadczenie tej osoby, a brak jest dokumentu zewnętrznego np. wypis z rejestru. Odpowiadając na to pytanie ad. 2 odwołujący stwierdził, że załączony był wyciąg z Państwowego Rejestru Numerów Przedsiębiorców z 29.02.2016 r.. W rejestrze tym Pan M. figuruje jako dyrektor uprawniony do prezentowania spółki. Do wyjaśnień załączono dokument Urząd Państwowy Wydział Sprawiedliwości Miasta Astany Republiki Kazachstanu o treści, iż po rozpatrzeniu zgłoszenia przekazuje wyciąg z którego wynika, że Prime System KZ Sp. z o. o. dyrektorem jest M., występujący również jako założyciel. W punkcie 3 pisma zamawiającego w którym podnosi z którego to postanowienia uchwały wynika, że Pan M. HJ jest upoważniony do składania oświadczeń w zakresie potencjału technicznego, bo według zamawiającego z treści uchwały wynika umocowanie do składania oświadczeń woli, gdy spółka Kompanija Z. z. Sp. z o. o. samodzielnie lub z innymi podmiotami składa wnioski o dopuszczenie do udziału odpowiedzi udzielono w punkcie 3. W związku z tym udzielając odpowiedzi w punkcie 3 odwołujący przywołał uchwałę 0902/2016, zarówno brzmienie punktu D jak i C, bowiem w odróżnieniu od punktu B, gdzie spółka Żoł samodzielnie występuje w procedurach lub w konsorcjum, to pkt D i C przewidują składanie oświadczeń w ogóle w postępowaniach przetargowych, czyli jak tu zaistniało składając zobowiązanie do udostępnienia sprzętu. Przy czym w wezwaniu z dnia 06.07.2016 r. nie było żądania przedstawienia ciągu dokumentów wskazujących na uprawnienie osoby podpisującej zobowiązanie do reprezentacji podmiotu Żoł.. Słusznie odwołujący powołał się na okoliczność, że jeżeli zamawiający zdecydował się ponownie wezwać o udzielenie wyjaśnień to nie może czynić zarzutu wykonawcy, że zastosował się do tego i stawiać mu zarzutu, że nie można wielokrotnie wzywać. Odwołujący podkreślił, że ogłoszenie przewidywało, że

przedstawiając zobowiązanie podmiotu trzeciego należy dołączyć upoważnienie dla osoby podpisującej to zobowiązanie a nie ciąg upoważnień. Słusznie przywoływany jest pogląd z orzecznictwa, że w przypadku udostępnienia zasobów jakim jest sprzęt zamawiający nie miał prawa żądać od podmiotu udostępniającego odpisu z rejestru, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

Słusznie odwołujący podniósł, że w jego ocenie kwestia rodzaju dokumentów, które należy przedłożyć celem wykazania prawa do podpisu na zobowiązaniu jest kwestią indywidualną, zależną od okoliczności, nie regulowaną przepisami w sytuacji kiedy dany podmiot nie bierze udziału w realizacji zamówienia.

Stąd też zba podziela stanowisko w sprawie wyrażone przez odwołującego co do należytego wykonania obowiązku wykazania prawa podpisu przez Pana M. na zobowiązaniu udostępnienia sprzętu.

Podsumowując powstałe zagadnienia do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie należy zauważyć, że żądane upoważnienie do złożenia oświadczenia o udostępnieniu sprzętu, należy rozpatrywać biorąc pod uwagę indywidualne okoliczności w sprawie takie jak treść ogłoszenia jak i sytuacja formalno prawna wykonawcy. W tej sprawie taką indywidualną okolicznością jest zagadnienie prawne czy osoba upoważniona do działania w imieniu jedynego wspólnika ma prawo do zaciągania zobowiązań w imieniu spółki, której jest jedynym udziałowcem. W ocenie Izby taka sytuacja jest możliwa, w sytuacji uznania takich działań za działania zgromadzenia wspólników na co zwraca uwagę odwołujący. Co do zasady zgromadzenie wspólników jako najwyższy organ w spółce jest twórcą wszystkich upoważnień w spółce dla powoływanych organów do działania za spółkę czyli może ich działania potwierdzać jak i niweczyć. Kolejnym zagadnieniem tego postępowania jest kwestia czy te same reguły prawne jak i skutki prawne odnoszą się do upoważnienia do złożenia zobowiązania jak i do samego zobowiązania potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu. Zasadnie odwołujący podniósł tę kwestię, że nie można stawiać znaku równości między wymaganiami formalnymi i skutkami ich dotrzymania równo do samego zobowiązania jak i do upoważnienia do złożenia zobowiązania. Bowiem wymóg zobowiązania jest regulowany ustawą a upoważnienie regulowane inicjatywą zamawiającego. Po trzecie kardynalnym zagadnieniem w sprawie jest kwestia czy jeżeli zamawiający wezwał do wyjaśnień i uzupełnień a następnie ponownie wezwał do wyjaśnień to czy może wywodzić dla wykonawcy negatywne skutki ze złożonych wyjaśnień na drugie wezwanie jako spóźnionych. Przywoływane orzecznictwo potwierdza skuteczność wielokrotnych wezwań w określonych sytuacjach.

Podsumowując odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) w związku z § 5 ust.2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.600, 00 zł. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:.....