

Sygn. akt: KIO/UZP 735/10

WYROK

z dnia 14 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 26 kwietnia 2010 r. przez **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** odwołania, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** protestu z dnia 8 kwietnia 2010 r.

przy udziale występujących wspólnie wykonawców: **KARMAR S.A., ul. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (Lider Konsorcjum)** oraz **Bouygues Bâtiment International S.A. (Partner Konsorcjum)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy obiektu dydaktyczno-laboratoryjnego UW CeNT I i obiektu dydaktycznego CeNT II przewidzianych do realizacji w ramach projektu pn. „Centrum Nowych Technologii „Ochota” Uniwersytetu Warszawskiego” przy ul. Banacha i Pasteura w Warszawie*”, zostało wszczęte przez Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, zwany dalej: *„Zamawiającym”*, w dniu 15 grudnia 2009 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Zamawiający przekazał to ogłoszenie w Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu w dniu 14 grudnia 2009 r., w wyniku czego ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2009/S 243-347763 z dnia 17 grudnia 2009 r.).

W dniu 8 kwietnia Wykonawca Warbud S.A., zwany dalej Protestującym lub Odwołującym, wniósł do Zamawiającego protest na zaniechanie czynności wykluczenia występujących wspólnie Wykonawców, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, a tym samym nie wybranie oferty Warbud S.A. Wobec oddalenia przez Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2010 r. w całości wniesionego protestu, Wykonawca ten wniósł w dniu 26 kwietnia 2010 r. odwołanie od takiego rozstrzygnięcia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarówno na etapie postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu, jak i w postępowaniu odwoławczym uczestnikiem postępowania byli występujący wspólnie wykonawcy: KARMAR S.A., ul. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (Lider Konsorcjum) oraz Bouygues Bâtiment International S.A. (Partner Konsorcjum), zwani dalej łącznie Konsorcjum KARMAR lub Przystępującym.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę w proteście Zamawiający naruszył przepisy art. 7, art. 22 ust.1 pkt 1, pkt 2 i pkt 4, art. 24 ust.1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Protestujący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum KARMAR, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania, a następnie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych ofert.

Zarzuty podnoszone w proteście Protestujący podzielił na trzy grupy: do pierwszej zaliczają się zarzuty odnoszące się do złożonych przez Konsorcjum KARMAR dokumentów potwierdzających niezaleganie przez Partnera Konsorcjum z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społecznie i zdrowotne, druga grupa obejmowała zarzuty odnoszące się do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy przez Konsorcjum KARMAR, a do ostatniej trzeciej grupy zakwalifikował on zarzuty odnoszące się do przedłożonego przez Partnera Konsorcjum zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków organu zarządzającego.

Odnosnie do dokumentów potwierdzających niezaleganie przez Partnera Konsorcjum z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społecznie i zdrowotne Protestujący podniósł, że zostały one złożone w sposób nieprawidłowy i niepełny. Wskazuje on również, iż w jego opinii nie odpowiada prawdzie oświadczenie Konsorcjum KARMAR zawarte w piśmie z 15 marca 2010 r., że francuskie ubezpieczenie społecznie stanowi odpowiednik polskiego społecznego i zdrowotnego, a przedłożony przez nie dokument potwierdza spełnienie w całości przez Partnera Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Protestujący argumentuje, że Partner Konsorcjum, jako podmiot prowadzący działalność

z zakresu budownictwa (wznoszenie pozostałych budynków) obowiązany jest do ponoszenia świadczeń na rzecz kasy urlopów płatnych oraz że świadczenie to stanowi obowiązek z zakresu ubezpieczeń społecznych (na potwierdzenie czego wskazuje, iż zgodnie z francuskim kodeksem zamówień publicznych Wykonawcy zobowiązani są przedkładać odpowiednie zaświadczenia w tym zakresie). Jako takie jest wskazywane w informacji rocznej DC7, nie jest ono jednak objęte zaświadczeniem URSSAF, które przedstawiło Konsorcjum. W opinii Protestującego w świetle powyższych ustaleń uzasadnionym jest twierdzenie, iż Konsorcjum nie przedłożyło odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dlatego też powinno zostać wykluczone, szczególnie wobec faktu, iż już raz było wzywane do uzupełnienia dokumentów dotyczących zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczaniem składek, a Zamawiający może tej czynności dokonać jedynie raz. Na potwierdzenie powyższych tez, Protestujący załączył do protestu opinię prawną sporządzoną przez francuskiego adwokata oraz przykładowy druk DC7.

Odnosnie do treści wykazu osób w zakresie potwierdzającym posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy przez Konsorcjum KARMAR, Protestujący podnosił, iż wykaz ten w zakresie wskazującym na budowę prywatnej przychodni kardiologicznej AMICOR w Krakowie, zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wskazuje on, powołując się pismo Inwestora, które przedstawia w załączeniu, zawierające tezę, iż wartość robót wskazana w wykazie przedstawionym przez Konsorcjum została znacznie zawyżona. Odnosząc się do pozycji drugiej kwestionowanego wykazu (Catalina Office Center), podnosi on, iż p. K. wskazany w wykazie jako kierownik budowy, nie był na powołanej inwestycji kierownikiem budowy przez cały okres realizacji tej inwestycji, co może wskazywać, że wartość robót wykonanych pod jego kierownictwem (będącej naturalnie ułamkiem wskazanej w wykazie wartości 77 mln) może być niższa niż wymagane 30 mln, Kwestionując prawidłowość wskazania na uczestnictwo w kolejnej robocie jako potwierdzającej spełnianie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia przez Pana K., Protestujący podnosi, iż wskazany tam budynek był jedynie przebudowywany i remontowany, co nie może zostać uznane za objęte zakresem pojęcia wykonawstwo zawartego w treści warunku, a ponadto budynek ten miał przeznaczenie przede wszystkim mieszkaniowe, co również nie odpowiada treści warunku. Dlatego też, wobec faktu, iż Konsorcjum już raz było wzywane do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazu osób, w opinii Protestującego, powinno ono zostać wykluczone.

W zakresie świadczenia o niekaralności przedstawionego przez Partnera Konsorcjum, Protestujący wskazuje, iż załączył on do oferty jedynie zaświadczenie z francuskiego rejestru karnego (Biuletyn nr 3). Zdaniem Warbud S.A. nie obejmuje

wszystkich przestępstw wskazanych w art. 24 u.1 pkt 4-8 ustawy Pzp, ponieważ nie obejmuje on przestępstw zagrożonych we francuskim kodeksie karnym karą pozbawienia wolności poniżej 2 lat. Dlatego też nie może on zostać uznany za równoważny polskiemu zaświadczeniu z KRK, co w opinii Protestującego jest podstawą do wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Przystępujące po stronie Zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu Konsorcjum odniosło się do zarzutów podniesionych w proteście.

Wskazuje ono iż do postępowania, co do którego zaistniał spór, należy stosować polskie, a nie francuskie, regulacje z zakresu zamówień publicznych. Zauważa, że zaświadczenie DC7 jest wystawiane tylko raz do roku, na dzień 31 grudnia, co może sprawić, że nie będzie odpowiadało ono wymogom polskiego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zająć zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w szczególności wymogu, aby dokument taki wystawiony był nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Dlatego też Konsorcjum złożyło wraz z ofertą zaświadczenie URSSAF. Niezależnie od powyższego, w celu usunięcia wszelkich wątpliwości Przystępujący przekazał Zamawiającemu wraz przystąpieniem potwierdzenie regulowania składek na urlopy płatne oraz poświadczony notarialnie oświadczenie, które, w jego opinii, wyczerpująco realizują, wymogi powołanego rozporządzenia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia przez p. K., Przystępujący wskazywał, iż twierdzenia Protestującego dotyczące przychodni AMICOR mają ogólny charakter i nie mogą być podstawą do powzięcia wątpliwości. Wyjaśnił, iż wskazana w wykazie wartość została ustalona podstawie obliczeń własnych, o charakterze szacunkowym, które nie mogą być potwierdzone z uwagi na upływ czasu. Wskazuje on, że składały się na nią również wartość wyposażenia i instalacji zakupionych przez inwestora stąd może wynikać nieścisłość. Niezależnie od powyższego podnosił on, że nawet jeśliby uznać informacje te za nieprawdziwe, to nie ma to wpływu na wynik postępowania, ponieważ roboty wskazane w pkt 1-3 wykazu osób są prawidłowe. Podnosi on, iż w sprawie Catalina Office Center całkowita wartość inwestycji znacznie przekraczała wskazaną w wykazie kwotę 77 mln, która to kwota wskazywała wartość robót wykonanych pod kierownictwem p. K., a Protestujący w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń. Wskazuje on również na okoliczność, że Protestujący nie rozróżnia poz. 3 i 4 wykazu, traktując je jako jeden obiekt. Podnosi również, iż w SIWZ nie sprecyzowano dokładnie pojęcia „wykonawstwo”,

dlatego też taki niejednoznaczny zapis należy interpretować na korzyść Wykonawców jako każdy rodzaj prac zdefiniowany w Prawie budowlanym. Wskazuje on dalej, iż prace wskazane w pozycji 3, w szczególności wobec w żaden sposób nie mogą być uznane za remont.

W sprawie zarzutów odnoszących się do zaświadczenia o niekaralności, Przystępujący, podnosi, Protestujący nie wskazał właściwych jego zdaniem dokumentów. Niezależnie od powyższego, w celu usunięcia wszelkich wątpliwości Przystępujący przekazał Zamawiającemu wraz przystąpieniem oświadczenia notarialne poświadczające m.in. fakt niekaralności członków zarządu

Zamawiający oddalając protest uznał, że złożone zaświadczenie URSSAF jest wystarczającym, dla potwierdzenia, iż Partner Konsorcjum nie zalega z opłatą składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Wskazał również, iż za roboty należycie dokumentujące wymagane doświadczenie osoby wskazanej jako kierownik budowy uznał prace wskazane w pozycjach 1, 2, 3 i 5 wykazu osób dla p. K. Odnosząc się na koniec do zarzutów dotyczących zaświadczenia o niekaralności, wskazał on, że Konsorcjum złożyło wypisy z francuskiego rejestru karnego wraz z notarialnie poświadczonym oświadczeniem, a ponadto wraz z przystąpieniem złożyło dodatkowe oświadczenia o niekaralności członków zarządu.

W odwołaniu Warbud S.A. wskazuje, iż Konsorcjum nie wykonało wezwania z dnia 8 marca 2010 r. do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. W zakresie dokumentów dotyczących składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne Konsorcjum zamiast uzupełnić dokumenty, do czego wzywał je Zamawiający, złożyło wyjaśnienia. Odwołujący podkreśla, iż aby możliwe było stwierdzenie, że Konsorcjum nie zalega ze składkami, konieczne było przedstawienie albo zaświadczenia DC7 albo zaświadczenia URSSAF wraz z zaświadczeniem właściwej kasy urlopów płatnych. Tymczasem Konsorcjum złożyło wraz z ofertą zaświadczenie URSSAF, natomiast zaświadczenie właściwej kasy urlopów płatnych przedstawiło dopiero w postępowaniu protestacyjnym. W opinii Odwołującego Zamawiający potwierdza w treści rozstrzygnięcia, że ostateczne wątpliwości zostały rozwiane dopiero po złożeniu przez Konsorcjum powołanego przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Odnosząc się do dokumentów dotyczących p. K., Warbud S.A. w treści odwołania powołuje się na załączoną do odwołania opinię sporządzoną przez adwokata duńskiego, z której to opinii, zdaniem Odwołującego, wynika, że p. K. nie był kierownikiem budowy w trakcie realizacji prac wskazanych w pozycji 3 wykazu osób odnoszącej się do p. K., co powoduje, iż wykaz w tym zakresie są nieprawdziwe i mają wpływ na wynik postępowania.

Podkreśla on ponadto, iż możliwe jest jedynie jednokrotne uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego Konsorcjum KARMAR podnosiło, iż w jego opinii zaświadczenie URSSAF jest wystarczającym, aby móc wykazać spełnianie odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu. Podnosił również, że z uwagi na okoliczność, że składki na urlopy płatne nie są znane w polskim porządku prawnym, dlatego też nie można wymagać od Wykonawcy, aby składał dokumenty o spełnianiu obowiązków w zakresie szerszym niż wymagany w prawie polskim. Niezależnie od tych rozważań, wskazał, iż wezwanie z dnia 8 marca 2010 r. wyraźnie nakładało na niego obowiązek uzupełnienia dokumentów dotyczących Partnera Konsorcjum w zakresie składek na ubezpieczenie zdrowotne, i w takim właśnie zakresie Konsorcjum odniosło się do tegoż wezwania w piśmie z dnia 15 marca 2010 r. Dlatego też Zamawiający jest uprawniony do ponownego wezwania do uzupełnienia powołanych dokumentów na inną okoliczność, tym razem w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne.

Przystępujący wskazuje, że złożone wraz z protestem oraz odwołaniem opinie prawne należy traktować jako opinie prywatne, a tym samym na równi ze stanowiskiem Odwołującego.

Odnosząc się do sytuacji p. K., Przystępujący wskazuje, iż w jego opinii, zarzuty sformułowane na etapie odwołania nie są tożsame z zawartymi w proteście, ponieważ wskazano inną podstawę prawną oraz przytoczone zostały inne okoliczności faktyczne. Ponadto wskazuje na błędne oznaczenie w budynku ujętego w pozycji 3 odnoszącej się do p. K. wykazu osób jako czteropiętrowego w przedstawionej przez Odwołującego opinii prawnej dyskwalifikuje tę opinię wobec zapisów uzupełnionego wykazu osób, gdzie wskazano na budynek czterokondygnacyjny. Rozbieżność ta przemawia za tym, iż zastosowano błędne kryteria poszukiwań stanowiących podstawę do sporządzenia powołanej opinii, co dyskwalifikuje całą opinię.

Odwołujący w toku rozprawy podnosił, iż naturalnym jest, że występują różnice w systemach ubezpieczeń różnych państw, dlatego też polski ustawodawca wymaga, aby Wykonawca składając ofertę wykazał wypełnienie wszystkich obowiązków w zakresie opłaty składek według reguł określonych w Państwie jego siedziby.

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe twierdzenia wskazał na rozbieżność w argumentacji Odwołującego, który w przypadku zaświadczenia KRK podnosił, iż dokumenty wystawione w innym państwie muszą być równoważne co do treści i zakresu dokumentów wystawionych w Polsce, natomiast w przypadku ubezpieczeń społecznych wskazywał, że decydująca powinna być regulacja kraju siedziby Wykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym – sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp oraz stwierdzenie wypełnienia przesłanki interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, wezwanie Odwołującego z dnia 8 marca 2010 r. do uzupełnienia i wyjaśnień dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 15 marca 2010 r., pismo zawierające informację o wynikach postępowania z dnia 29 marca 2010 r., treść środków ochrony prawnej wraz z rozstrzygnięciem protestu oraz przystąpieniami zgłoszonymi przez Konsorcjum KARMAR oraz protokół postępowania ZP-1.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba kolejno rozpoznała i rozstrzygnęła o zasadności zarzutów podnoszonych przez Warbud S.A.

Zarzuty odnoszące się do złożonych przez Konsorcjum KARMAR dokumentów potwierdzających niezaleganie przez Partnera Konsorcjum z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społecznie i zdrowotne

Izba dała wiarę argumentom przedstawianym przez Odwołującego, iż Partner Konsorcjum, jako podmiot prowadzący działalność z zakresu budownictwa (wznoszenie pozostałych budynków) obowiązany jest do ponoszenia świadczeń na rzecz kasy urlopów płatnych oraz że świadczenie to stanowi obowiązek z zakresu francuskich ubezpieczeń

społecznych. Za przyjęciem takiej tezy przemawia faktyczne potwierdzenie ustaleń Izby przez działanie podjęte przez Przystępującego, w szczególności przez złożenie wraz z przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zaświadczenia potwierdzającego wykonywanie obowiązków odnośnie płatnych urlopów. Podkreślenia, w ocenie Izby, wymaga fakt, iż Przystępujący nie kwestionował, iż Partnera Konsorcjum obarcza obowiązek ponoszenia ciężarów związanych z płatnym urlopami, a jedynie wskazywał, że jest to rozwiązanie specyficzne dla francuskiego porządku prawnego i nie ma swojego odpowiednika w polskiej regulacji ubezpieczeń społecznych, wywodząc z tego, iż nie miał on obowiązku przedkładać odpowiednich dokumentów na tę okoliczność.

Izba oceniając skuteczność przedłożenia przez Przystępującego dokumentów potwierdzających fakt niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne dokonała analizy przepisów prawa obowiązujących w tym zakresie. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) Wykonawca, który ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, które zobowiązani są składać Wykonawcy polscy, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę potwierdzające, że nie zalega on z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania w całości właściwego organu. W ocenie Izby, zgodnie z powołanym przepisem, dla oceny zakresu objętego zaświadczeniem przedłożonym przez Wykonawcę decydująca powinna być regulacja kraju siedziby tego Wykonawcy. Trudno byłoby też wymagać, co postulował Przystępujący, od organu wystawiającego takie zaświadczenie, aby wydawał on je nie w sposób i w zakresie określonym w państwie jego siedziby, a w sposób, który odzwierciedlałby polski porządek prawny i zakres polskiej regulacji ubezpieczeń społecznych.

Opierając się na powyższych ustaleniach Izba uznała, że Konsorcjum KARMAR nie przedłożyło w sposób prawidłowy, w terminie do tego przepisany, dokumentów poświadczających niezaleganie ze składkami na ubezpieczenie społeczne przez Partnera Konsorcjum. Nie może zostać bowiem uznane za prawidłowe, w sytuacji prawnej Partnera Konsorcjum, przedłożenie jedynie zaświadczenia URSSAF, ponieważ nie odzwierciedla ono wypełnienia obowiązku odprowadzenia odpowiednich składek na ubezpieczenie społeczne w pełnym zakresie.

Zgodnie z ustaleniami Izby słusznie Przystępujący podnosił, iż nie był w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia wzywany do uzupełnienia dokumentów w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie, tj. w zakresie ubezpieczeń społecznych. Tym samym możliwe byłoby, w ocenie Izby, ich uzupełnienie.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, że Zamawiający, z uwagi na złożenie brakującego dokumentu wraz z przystąpieniem do udziału w postępowaniu protestacyjnym, jest obecnie w posiadaniu odpowiedniego zaświadczenia potwierdzającego wykonywanie przez Partnera Konsorcjum obowiązków odnośnie płatnych urlopów. Tym samym zgodnie z dokumentami obecnie znajdującymi się w dyspozycji Zamawiającego, Konsorcjum KARMAR w sposób wyczerpujący wykazało, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, z uwagi na zaleganie z uiszczaniem składek ubezpieczeniowych społecznych i zdrowotnych.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz kierując się regulacją art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania, Izba uznała, że z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający dysponuje w chwili obecnej kompletem dokumentów odnoszących się do ubezpieczeń społecznych, stwierdzone zaniechanie Zamawiającego polegające na niewezwaniu Przystępującego do uzupełnienia zaświadczenia potwierdzającego wykonywanie przez Partnera Konsorcjum obowiązków odnośnie płatnych urlopów w rozpatrywanym przypadku nie miało doniosłości prawnej. W ocenie Izby za takim rozwiązaniem przemawia fakt, iż nakazywanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w powołanym wyżej zakresie, byłoby niecelowe, ponieważ nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Z dokumentów będących w dyspozycji Zamawiającego, jednoznacznie wynika, iż Konsorcjum KARMAR spełniło warunek niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, z uwagi na zaleganie z uiszczaniem składek ubezpieczeniowych społecznych i zdrowotnych. Izba opowiadając się za taką argumentacją uznała, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest właśnie udzielenie zamówienia spełniającemu warunki udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył ofertę, której treść jest zgodna z treścią SIWZ, która to oferta uznana została za najkorzystniejszą. Antycypując dalsze rozważania, Izba uznała, że Konsorcjum KARMAR spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożyło ofertę najkorzystniejszą, dlatego też mając na celu ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Dlatego też nie uwzględniła zarzutów Odwołującego we wskazanym powyżej zakresie.

Zarzuty odnoszące się do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy przez Konsorcjum KARMAR

Izba uznała, że zarzuty podnoszone przez Warbud S.A. w proteście nie zostały udowodnione.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w art. 4 § 1 ust. 3.2.2.1 lit. a) wymagał, aby Wykonawca zapewnił wykonanie przedmiotu zamówienia przez osoby spełniające określone tam wymagania, w tym m.in. aby osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiadała co najmniej 8 lat doświadczenia w wykonawstwie jako kierownik budowy, przy realizacji co najmniej 3 obiektów kubaturowych użyteczności publicznej o wartości nie niższej niż 30 mln PLN brutto każda.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z 8 marca 2010 r. przedstawił Zamawiającemu nowy wykaz osób sporządzony na formularzu nr 3, w którym jako kierownika budowy wskazał Pana Bogusława K. Zamawiający badając powołany wykaz za roboty należycie dokumentujące wymagane doświadczenie Pana K. uznał prace wskazane w kolumnie czwartej wykazu (opisanej *Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie...*) w pierwszym wierszu w pozycjach nr 1, 2, 3 i 5.

Praca wskazana w pozycji nr 1 nie była kwestionowana przez Odwołującego.

Odnośnie do pracy wskazanej w pozycji nr 2 Odwołujący podnosił, iż Pan K. nie był na powołanej inwestycji kierownikiem budowy przez cały okres realizacji tej inwestycji, co może wskazywać, że wartość robót wykonanych pod jego kierownictwem (będącej naturalnie ułamkiem wskazanej w wykazie wartości 77 mln PLN) może być niższa niż wymagane 30 mln PLN. Izba oceniając zasadność tegoż zarzutu uznała argumenty Przystępującego, iż w robocie tej całkowita wartość inwestycji znacznie przekraczała wskazaną w wykazie kwotę 77 mln PLN, która to kwota stanowiła wartość robót wykonanych pod kierownictwem Pana K.. Izba uznała, iż Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń, a nawet nie podał wartości robót wykonanych pod kierownictwem Pana K., która miałaby być niższa niż wielkość 30 mln PLN wymagana przez Zamawiającego.

Odnośnie do pracy wskazanej w pozycji nr 3 Odwołujący podnosił, iż wskazany tam budynek był jedynie przebudowywany i remontowany, co nie może zostać uznane za objęte zakresem pojęcia wykonawstwo zawartego w treści warunku, a ponadto że budynek ten miał przeznaczenie przede wszystkim mieszkaniowe, co również

nie odpowiada treści warunku. Izba oceniając powołany zarzut wzięła pod uwagę argumenty podnoszone przez Przystępującego, iż w SIWZ nie sprecyzowano pojęcia „wykonawstwo”, dlatego też taki niejednoznaczny zapis należy interpretować na korzyść Wykonawców jako każdy rodzaj prac zdefiniowany jako robota budowlana w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.). Izba uwzględniła również oświadczenie Przystępującego, iż prace wskazane w pozycji nr 3 w żaden sposób nie mogą być uznane tylko za remont, jak wskazywał to Odwołujący, ponieważ obejmowały one kompleksową rozbudowę i nadbudowę istniejącego niewielkiego budynku. Z treści przedstawionego przez Przystępującego w dniu 15 marca 2010 r. wykazu w pozycji nr 3 jednoznacznie wynika, iż był to budynek usługowy cztero-kondygnacyjny z częścią biurową, tym samym Izba uznała zarzuty Odwołującego, iż budynek ten miał przeznaczenie przede wszystkim mieszkaniowe, za całkowicie bezpodstawne i nie poparte żadnym dowodem.

Ponadto Izba ustaliła, iż odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego Warbud S.A. wskazał na nowe okoliczności faktyczne odnoszące się do powołanej pozycji nr 3 wykazu osób. Zarzucił on, iż wykaz osób w powołanej wyżej pozycji zawiera nieprawdziwe informacje (jakoby Pan K. nie pełnił funkcji kierownika budowy w pracy tam wskazanej) mające wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby oznacza to tym samym, iż Odwołujący podniósł nowy zarzut odnoszący się do wykazu osób w zakresie pozycji nr 3. Zgodnie bowiem z dotychczasowym poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się Wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem się Zamawiającego w postępowaniu, a które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa (wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2008 r. sygn. KIO/UZP 545/08). Izba uznała, że nie może on zostać przez Izbę rozpoznany. Zgodnie bowiem z regulacją art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Uwzględniając powyższe Izba nie uwzględniła w materiale dowodowym przedstawionej wraz z odwołaniem opinii adwokata duńskiego przywołanej na poparcie tegoż zarzutu.

Odnosząc się do pracy wskazanej w pozycji nr 5 Odwołujący podnosił, iż wykaz ten w zakresie wskazującym na budowę prywatnej przychodni kardiologicznej AMICOR w Krakowie, zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wskazał, powołując się na pismo Inwestora, zawierające tezę, iż wartość robót podana w wykazie przedstawionym przez Konsorcjum została znacznie zawyżona. Izba nie dała wiary tym argumentom uznając je za niewystarczające z uwagi na ich niedookreślony charakter, w szczególności wobec oświadczenia Przystępującego, iż na wartość wskazaną w kwestionowanej pozycji składały się również wartość wyposażenia i instalacji zakupionych przez inwestora skąd może wynikać nieścisłość. Twierdzenie to uwiarygodnia oświadczenie

Przystępującego zawarte w wykazie osób, iż inwestycja ta była wykonana w systemie „pod klucz”.

Zarzuty odnoszące się do przedłożonego przez Partnera Konsorcjum zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków organu zarządzającego

Protestujący wskazywał, iż Partner Konsorcjum załączył do oferty jedynie zaświadczenie z francuskiego rejestru karnego (Biuletyn nr 3), które jego zdaniem nie obejmuje wszystkich przestępstw wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (nie obejmuje on przestępstw zagrożonych we francuskim kodeksie karnym karą pozbawienia wolności poniżej 2 lat). Dlatego też nie mógł on zostać w jego opinii uznany za równoważny polskiemu zaświadczeniu z KRK.

Oceniając ten zarzut Izba zastosowała te same zasady oceny skuteczności złożenia dokumentu wystawionego w państwie siedziby Wykonawcy zagranicznego, które zastosowała do oceny skuteczności złożenia dokumentów potwierdzających fakt niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Tym samym uznała, że dla oceny zakresu objętego zaświadczeniem przedłożonym przez Wykonawcę decydująca powinna być regulacja kraju siedziby tego Wykonawcy. Tym samym uznała przedstawione przez Konsorcjum KARMAR zaświadczenie z francuskiego rejestru karnego za wystarczające. Nie sposób bowiem uznać, że racjonalny ustawodawca, przewidując w przepisach powołanego powyżej rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w pierwszej kolejności obowiązek wykazywania warunku w zakresie niekaralności poprzez zaświadczenie właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności poprzez dokument zawierający oświadczenie osoby pominał oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw. Podobnie Izba w wyroku z dnia 29 marca 2010 r. sygn. KIO/UZP 303/10.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które miały wpływ lub mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....