

**WYROK**  
z dnia 18 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: **Piotr Kozłowski**

Protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D, lok. 111 i Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „ŻAK-ZIB” Waldemar Żak, 01-940 Warszawa, ul. Palisadowa 20/22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Teatr Szekspirowski, 80-828 Gdańsk, ul. Długa 50/51**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Gdański Teatr Szekspirowski, 80-828 Gdańsk, ul. Długa 50/51** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D, lok. 111 i Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „ŻAK-ZIB” Waldemar Żak, 01-940 Warszawa, ul. Palisadowa 20/22,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **18 599 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Gdański Teatr**

**Sygn. akt: KIO 773/10**

**Szekspirowski, 80-828 Gdańsk, ul. Długa 50/51 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D, lok. 111 i Waldemara Żaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „ŻAK-ZIB” Waldemar Żak, 01-940 Warszawa, ul. Palisadowa 20/22, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gdański Teatr Szekspirowski w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa sprawowania zastępstwa inwestycyjnego dla inwestycji pn. *Budowa Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego*.

Pismem przesłanym 20 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUD-INVENT” sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D, lok. 111 – lider konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „ŻAK-ZIB” Waldemar Żak – członek konsorcjum) o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 85-717 Bydgoszcz, ul. Gajowa 99 (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” Spółka Akcyjna, 71-281 Szczecin, ul. Lucjana Szenwalda 20 (członek konsorcjum).

Odwołujący 30 kwietnia 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie od tej czynności Zamawiającego oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie, to jest naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.
2. Zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie, to jest naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp.
3. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej, przez co naruszony został art. 7 ust. 1 pzp.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

## Sygn. akt: KIO 773/10

2. Wykluczenia z postępowania Wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanych Wykonawców za odrzuconą.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie.
4. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
5. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł następujące okoliczności.

Zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu, postawił wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, potwierdzonego wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwóch usług polegających na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu dotyczących inwestycji realizowanych na budynku/ach użyteczności publicznej, w tym co najmniej jedna z nich musiała dotyczyć budynku/ów sklasyfikowanych jako „Ogólnodostępne obiekty kulturalne” (w grupie 126 PKOB), o wartości każdej z tych inwestycji nie mniejszej niż 50 mln zł brutto. Wykonawcy występujący wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. wykazali wykonanie dwóch usług, tj. usługi polegającej na pełnieniu funkcji Generalnego Realizatora Inwestycji przy budowie budynku Opera Nova w Bydgoszczy oraz usługi nadzoru inwestorskiego przy realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. „Budowa Kompleksu Dydaktyczno-Sportowego w Kleszczowie wraz z infrastrukturą techniczną oraz ze wszelkimi towarzyszącymi obiektami i urządzeniami wchodzącymi w skład kompleksu”, jednakże żadna z tych usług nie może zostać zaliczona na poczet wymaganego doświadczenia. Jak wynika z informacji powszechnie dostępnych w Internecie ([http://pl.wikipedia.org/wiki/Opera\\_Nova](http://pl.wikipedia.org/wiki/Opera_Nova)), ostateczne oddanie do użytku budynku Opery Nova miało miejsce w październiku 2006 roku, czyli wcześniej niż trzy lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co prawda, w referencjach wystawionych w dniu 7 lutego 2008 r. podano, jako okres realizacji inwestycji czas od października 1973 r. do 31 stycznia 2008 r., jednakże nie wiadomo, co w istocie rozumiano przez „okres realizacji inwestycji”, a zwłaszcza zaś, nie wiadomo jakie czynności polegające na realizacji inwestycji były wykonywane po październiku 2006 r. Trzeba, przy tym zauważyć, że: wraz z zakończeniem robót budowlanych i przekazaniem ich Inwestorowi kończy się realizacja inwestycji, gdyż inwestor otrzymuje świadczenie będące przedmiotem obowiązania zawartego w umowie o roboty

## Sygn. akt: KIO 773/10

budowlane, tj. rezultat wykonywanych prac; zakończenie wykonywania robót budowlanych i przekazanie ich inwestorowi jest równoznaczne ze zrealizowaniem celu społeczno-gospodarczego umowy o roboty budowlane, w postaci osiągnięcia zamierzonego rezultatu w postaci powstania nowego obiektu budowlanego czy też przywrócenia istniejącego obiektu budowlanego do stanu sprzed rozpoczęcia robót. Z kolei, biorąc pod uwagę, że z celem społeczno-gospodarczym umowy o roboty budowlane jest ściśle związany cel społeczno-gospodarczy umowy o wykonanie usługi inżyniera, którym jest zapewnienie, aby cel umowy o roboty budowlane został osiągnięty – osiągnięcie celu umowy o roboty budowlane jest równoznaczne z osiągnięciem celu umowy o wykonanie usługi inżyniera. Jednocześnie istotą wykonywanej usługi było pełnienie funkcji Generalnego Realizatora Inwestycji, zaś biorąc pod uwagę, iż czas realizacji wzmiankowanej inwestycji przypadł, głównie na lata, kiedy w Polsce istniał odmienny, aniżeli obecnie ustrój społeczno-gospodarczy i polityczny, należy przyjąć, że zakres znaczeniowy pojęcia „funkcja Generalnego Realizatora Inwestycji” nie pokrywał się z zakresem znaczeniowym pojęcia „funkcja inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu”, w rozumieniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy zauważyć, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza zaś te, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania, mogą być interpretowane jedynie w sposób literalny, tj. zgodnie z regułami znaczeniowymi języka polskiego. Skoro zatem Zamawiający, w przedmiotowym przypadku, wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu to Wykonawcy winni wykazać posiadanie doświadczenia w pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu, nie zaś usług, w pewnym stopniu, podobnych do usługi polegającej na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu. Niezależnie od powyższego, konieczne jest wzięcie pod uwagę, że zgodnie z wchodzącym w skład oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego, Rejestru Przedsiębiorców z dnia 23 marca 2010 r., Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. zostało zarejestrowane w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 22 marca 2002 r., zaś umowa spółki została zawarta w dniu 14 stycznia 1992 r. w Kancelarii Notarialnej nr 14 w Bydgoszczy. Nie wiadomo zatem, na jakiej podstawie Wykonawca uważa, iż wykonywał wykazaną usługę już od października 1973 r., skoro w świetle złożonych dokumentów wówczas jeszcze nie istniał. Warto przy tym nadmienić, iż dokonanie zmiany podmiotowej po stronie Wykonawcy w toku realizacji zamówienia nie jest dopuszczalne w polskim systemie zamówień publicznych (de facto byłoby to równoznaczne z udzieleniem odrębnego zamówienia publicznego z pominięciem procedur przewidzianych w przepisach prawa). W polskim systemie zamówień publicznych obowiązuje bowiem zasada udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości zamówienia, trybu

## Sygn. akt: KIO 773/10

i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności (por. Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski w.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2005., s. 77). Jednocześnie większość przepisów ustawy prawo zamówień publicznych (wcześniej – ustawy o zamówieniach publicznych) ma charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących (*ius cogens*), w związku z czym, Zamawiający ma obowiązek ścisłego ich przestrzegania. Zatem czynność prawna sprzeczna ze wzmiankowanymi przepisami lub mająca na celu ich obejście, byłaby objęta sankcją nieważności. Warto też zauważyć, iż zdaniem doktryny niemożność dokonania zmian podmiotowych po stronie wykonawcy dotyczy również zmian polegających na sukcesji uniwersalnej (por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2007, wyd. 3, s. 420).

Jak wynika z Wykazu wykonanych usług, przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Kompleksu Dydaktyczno-Sportowego w Kleszczowie wraz z infrastrukturą techniczną oraz ze wszelkimi towarzyszącymi obiektami i urządzeniami wchodzącymi w skład kompleksu”, świadczona była usługa polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego. Z kolei, z treści referencji wystawionych w dniu 15 grudnia 2009 r. wynikało, że wzmiankowana usługa obejmowała: zarządzanie i nadzór nad realizacją przedmiotu umowy, zgodnie z zakresem zadań określonych w przepisach prawa budowlanego dla Inspektora Nadzoru i Koordynatora Czynności Nadzoru Inwestorskiego oraz wszelkie czynności Zespołu Inżyniera Kontraktu. Tym samym, wykazano jedynie, że zakres usługi obejmował, co prawda, zarządzanie i nadzór, lecz zakres zarządzania i nadzoru nie był większy od zakresu przewidzianego w przepisach ustawy Prawo budowlane, zaś objęte usługą, pozostałe czynności Zespołu Inżyniera Kontraktu, nie polegały na zarządzaniu i nadzorze (były to czynności o charakterze administracyjnym lub doradczym). Jednakże zakres znaczeniowy pojęcia „pełnienia funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu” jest znacznie szerszy od zakresu znaczeniowego pojęcia „nadzór inwestorski”, co skutkuje niemożnością zaliczenia wzmiankowanej usługi na poczet wymaganego doświadczenia. Przedmiotem umowy o nadzór inwestorski jest bowiem sprawowanie kontroli technicznej nad realizacją inwestycji, zaś przedmiotem umowy o zastępstwo inwestycyjne jest w szczególności zarządzanie i nadzór nad inwestycją (nie tylko w kwestiach technicznych, ale i np. w zakresie spraw organizacyjnych, czy spraw związanych z rozliczeniami), mające na celu zapewnienia należytego jej przebiegu.

Zamawiający w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako warunek udziału w postępowaniu, postawił wymóg dysponowania co najmniej jedną osobą nadzorującą roboty budowlane na terenie objętym ochroną konserwatorską, która winna (m.in.) mieć odbyłą co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomych. Wykonawcy występujący wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. wskazali do pełnienia tej funkcji pana

## Sygn. akt: KIO 773/10

Krzysztofa Kisiela. Nie zostało jednak wykazane, iż osoba ta spełnia wzmiankowany wymóg. Mianowicie w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia podano cztery zadania, które były realizowane odpowiednio w latach: 2001, 2004, 2005, 2006. Nie wiadomo jednak przez jaki konkretnie okres czasu trwała realizacja tych zadań, a także, przez jaki okres czasu pan Krzysztof K zdobywał doświadczenie zawodowe w związku z ich realizacją (w szczególności nie wiadomo czy okres zdobywania doświadczenia wynosił łącznie co najmniej 2 lata). Nie podano także informacji, z których wynikałoby w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż obiekty na których były wykonywane roboty budowlane to zabytki nieruchome.

Oferta wybrana jako najkorzystniejsza została podpisana przez Pana Arkadiusza G, który również podpisał wchodzące w skład oferty dokumenty oraz potwierdził kopie złożonych dokumentów za zgodność z oryginałem. W świetle zawartości wzmiankowanej oferty, należy jednak uznać, że Pan Arkadiusz G nie był należycie umocowany do reprezentowania Wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. Mianowicie, do oferty załączono dwa pełnomocnictwa: pierwsze dla Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. do reprezentowania Wykonawców występujących wspólnie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, drugie dla Pana Arkadiusza G do reprezentowania Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak zauważyć, że w pełnomocnictwie dla Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. brak klauzuli upoważniającej do ustanawiania dalszych pełnomocników, zatem nie było możliwe skuteczne umocowanie Pana Arkadiusza G do reprezentowania obu Wykonawców występujących wspólnie, gdyż zgodnie z art. 106 kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Jak wynika z treści pełnomocnictwa udzielonego Panu Arkadiuszowi G, zakres umocowania obejmował jedynie reprezentowanie Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o., nie obejmował zaś reprezentowania obu Wykonawców występujących wspólnie, zatem Pan Arkadiusz G nie mógł skutecznie złożyć oferty w imieniu całego Konsorcjum. Reasumując, wobec braku stosownego umocowania, oferta winna być uznana za nieważną.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało w szczególności na bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania Wykonawców

**Sygn. akt: KIO 773/10**

występujących wspólnie, tj. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. i P.U.I. „EKO-INWEST” S.A. oraz zaniechaniu uznania oferty złożonej przez wzmiankowanych Wykonawców za odrzuconą, a także na bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia tej oferty. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich wykonawców.

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą na piśmie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

4 maja 2010 r. Zamawiający przesłał do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W 3-dniowym terminie wynikającym z przepisu art. 185 ust. 2 pzp, tj. do 7 maja 2010 r. żaden wykonawca nie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony postępowania podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska, tj. odpowiednio wniosły: Odwołujący – o uwzględnienie odwołania, Zamawiający – o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24 lutego 2010 r. pod numerem 2010/S 38-055348. 19 lutego 2010 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej ([www.teatrszekspirowski.pl](http://www.teatrszekspirowski.pl)) oraz udostępnił s.i.w.z. na tej stronie internetowej.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 1 100 000,00 zł, co stanowi równowartość 286 532,59 euro.

Termin składania ofert został wyznaczony na 7 kwietnia 2010 r.

Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. z siedzibą



## Sygn. akt: KIO 773/10

w Bydgoszczy i Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie (zwane dalej w skrócie „Konsorcjum”) złożyło ofertę z najniższą ceną (796.070,48 zł), oferta Odwołującego jest następna w kolejności pod względem ceny (974.780,00 zł), która zgodnie z § 10 pkt 1 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi, poniżej przytoczone postanowienia.

W § 4 *Warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełniania, wykluczenie z postępowania*, w pkt. 1: „W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy:

1) posiadają wiedzę i doświadczenie, potwierdzone wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum dwóch usług polegających na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu, dotyczących inwestycji realizowanych na budynku/ach użyteczności publicznej, w tym co najmniej jedna z nich musiała dotyczyć budynku/ów sklasyfikowanych jako „Ogólnodostępne obiekty kulturalne” (w grupie 126 PKOB), o wartości każdej z tych inwestycji nie niższej niż 50 mln zł brutto,

2) (...)

3) dysponują co najmniej 1 osobą nadzorującą roboty budowlane na terenie objętym ochroną konserwatorską, posiadającą uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych, zgodnie z *Rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych*, t.j.

a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, oraz

b) przebyta, co najmniej 2-letnią, praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomych”.

W § 5 *Dokumenty wymagane od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania*, w pkt. 1: „W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca składa wraz z ofertą następujące dokumenty:

1) oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – wg. wzoru na załączniku nr 4a do SIWZ;

2) wykaz wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/inżyniera kontraktu, z podaniem ich przedmiotu,

## Sygn. akt: KIO 773/10

wartości nadzorowanej inwestycji, daty wykonania i odbiorców, z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane należycie, według wzoru na załączniku nr 5 do SIWZ;

3) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, według wzoru na załączniku nr 6 do SIWZ, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami,

4) oświadczenie stwierdzające, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, według wzoru na załączniku nr 7 do SIWZ”.

Załączone do oferty Konsorcjum dokumenty zawierają, między innymi, następujące oświadczenia i informacje.

W Wykazie wykonanych usług polegających na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/inżyniera kontraktu, sporządzonym na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z.

- w poz. 1 tabeli w poszczególnych kolumnach: „Przedmiot zamówienia: Budowa Opery w Bydgoszczy wraz z Centrum Kongresowym – Nadzór Inwestorski Funkcja Generalnego Realizatora Inwestycji przy budowie budynku Opera NOVA w Bydgoszczy (...); Wartość nadzorowanej inwestycji: 114 880 000,00 zł, data wykonania: 10.1973 r. – 01.2008 r.; odbiorca: Opera NOVA w Bydgoszczy ul. Focha 5 85-070 Bydgoszcz”;
- w poz. 2 tabeli w poszczególnych kolumnach: „Przedmiot zamówienia: Budowa Kompleksu Dydaktyczno-Sportowego w Kleszczowie – Nadzór Inwestorski. Świadczenie usługi Nadzoru Inwestorskiego przy realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. *Budowa Kompleksu Dydaktyczno-Sportowego w Kleszczowie wraz z infrastrukturą techniczną oraz ze wszelkimi towarzyszącymi obiektami i urządzeniami wchodzącymi w skład kompleksu (...)*; Wartość nadzorowanej inwestycji: 203 332 048,32 zł, data wykonania: 02.2008 r. – 10.2009 r.; odbiorca: Urząd Gminy Kleszczów, ul. Główna 47, 97-410 Kleszczów”.

W Referencji z 7 lutego 2008 r. wystawionej przez Opera Nova w Bydgoszczy: „Opera NOVA w Bydgoszczy współpracowała z Przedsiębiorstwem Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. w Bydgoszczy, pełniącym Funkcję *Generalnego Realizatora Inwestycji* przy budowie budynku Opera NOVA w Bydgoszczy. (...)

Zakres nadzorowanych prac obejmował:

- przeprowadzenie przetargów i zawieranie umów z dostawcami, wykonawcami i innymi uczestnikami procesu inwestycyjnego;
- weryfikację dokumentacji projektowej (koreferat);
- sprawowanie nadzoru inwestorskiego we wszystkich branżach zgodnie z przepisami prawa budowlanego;
- koordynację prac wykonawców robót, dostawców urządzeń i projektantów;

## **Sygn. akt: KIO 773/10**

- zapewnienie ochrony mienia, zabezpieczenie przeciwpożarowe, nadzór nad bezpieczeństwem i higieną pracy oraz ogólny porządek na placu budowy;
- czuwanie nad właściwą akustyką w budowanym obiekcie wraz z nadzorem nad montażem systemów nagłośnieniowych;
- współdziałanie z Inwestorem w pozyskiwaniu środków finansowych z PFRON oraz Fundacji Polsko-Niemieckiej na realizację inwestycji.

Wartość zrealizowanych prac wynosiła 114.880 tys. zł, a prace zostały wykonane należycie. Okres realizacji inwestycji 10.1973 – 31.01.2008. (...)"

W *Referencjach* z 15 grudnia 2009 r. wystawionych w imieniu Wójta Gminy Kleszczów: „Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. w Bydgoszczy – pełnomocnik Konsorcjum i (...), w okresie od 18 lutego 2008 roku do 31 października 2009 roku świadczyło usługę Nadzoru Inwestorskiego przy realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. (...) w zakresie zarządzania, nadzoru nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi zgodnie z warunkami FIDIC tzw. czerwony z zmianami uwzględniającymi specyfikę inwestycji i warunki realizacji.(...)"

Umowa o świadczenie usług Nadzoru Inwestorskiego nr IZP-3420/21/2007 została zawarta w dniu 18.02.2008 r. w Kleszczowie pomiędzy Gminą Kleszczów a konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. i (...), obejmowało wykonanie następujących czynności:

1. Zarządzanie i nadzór nad realizacją przedmiotu umowy zgodnie z zakresem zadań określonych w przepisach prawa budowlanego dla Inspektora Nadzoru i Koordynatora Czynności Nadzoru Inwestycyjnego.
2. Wszelkie czynności Zespołu Inżyniera Kontraktu.

(...)"

Zespół wykonał wszelkie czynności w zespole Inżyniera Kontraktu. Włożył duży wkład w rozwiązywanie problemów technicznych i organizacyjnych związanych z realizacją Kompleksu, powierzony zakres obowiązków wykonał należycie.

Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. w Bydgoszczy – Pełnomocnik konsorcjum i (...), z całym zespołem realizującym powierzone zadania na Kompleksie Dydaktyczno-Sportowym w Kleszczowie możemy rekomendować do współpracy przy dużych i skomplikowanych obiektach".

W *Wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*, sporządzonym na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do s.i.w.z., w poz. 2 tabeli w poszczególnych kolumnach: „Imię i nazwisko: Krzysztof Kisiel; Zakres czynności wykonywanych w ramach niniejszego zamówienia: Nadzór nad robotami budowlanymi na terenie objętym ochroną konserwatorską; Informacje na temat kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia: doświadczenie zawodowe: m.in.: 1. Słupsk, Miejska

## **Sygn. akt: KIO 773/10**

Biblioteka Publiczna, Kościół św. Mikołaja przy ul. Grodzkiej (...), realizacja prac w 2001 r., 2. Słupsk, Miejska Biblioteka Publiczna, Kościół św. Mikołaja przy ul. Grodzkiej (...), realizacja prac w 2005 r., 3. Słupsk, mury obronne na odcinki przy ul. Jagiełły (...), realizacja prac w 2004 r., 4. Duninowo, kościół parafialny p.w. Matki Boskiej Częstochowskiej (...), realizacja prac 2006 r.”.

*W Oświadczeniu o posiadaniu uprawnień przez osoby zdolne do wykonania zamówienia, sporządzonym na formularzu stanowiącym załącznik nr 7 do s.i.w.z., w pkt. 2: „oświadczam, że osoba sprawująca nadzór nad robotami budowlanymi na terenie objętym ochroną konserwatorską (imię i nazwisko): Krzysztof Kisiel, posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych, t.j.: (...) – przebytą 11-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomych”.*

*W Opinii konserwatorskiej dotyczącej prac konserwatorsko remontowych wykonanych przez „KRISBUD – Krzysztof Kisiel przy obiektach zabytkowych na terenie województwa pomorskiego Wojewódzki Urząd Ochrony Zabytków w Gdańsku Delegatura w Słupsku potwierdził należyte wykonanie wszystkich 4 realizacji wykazanych w pkt. 2 Wykazu osób.*

*W Wykazie ważniejszych realizacji projektowych i wykonawczych. Lata 1999-2009. Kierujący robotami mgr inż. Krzysztof Kisiel upr. Bud. 751/01 do kierowania robotami budowlanymi w tabeli wymieniono 15 realizacji, przy których wskazano oprócz roku realizacji czas trwania w miesiącach, łącznie 46 miesięcy, w tym dla poz. 3, 5, 8 i 11 dotyczących realizacji z pkt. 2. Wykazu osób – łącznie okres 12,5 miesiąca, dla poz. 1 Strzelino Kościół filialny – okres 7,5 miesiąca, dla poz. 4 i 7 Szkoła Podstawowa nr 1 w Słupsku – łącznie okres 5 miesięcy, poz. 12 Bank BGŻ renowacja elewacji budynku zabytkowego – okres 2 miesięcy, Dom towarowy w Słupsku – okres 2 miesięcy, poz. 14 i 15 Starostwo Powiatowe w Słupsku – łącznie okres 9 miesięcy.*

Do oferty Konsorcjum załączono dwa pełnomocnictwa. Pierwsze pełnomocnictwo (dokument pełnomocnictwa bez daty), w którym członkowie Konsorcjum, „zwani łącznie Wykonawcą”, „ustanawiają Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 Ustawy z dn. 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) i udzielają pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy, jak również każdej z wymienionych firm z osobna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 193 tys. Euro na sprawowanie zastępstwa inwestycyjnego dla inwestycji

## **Sygn. akt: KIO 773/10**

pn. *Budowa siedziby Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego*. W treści pełnomocnictwa wskazano, m.in., iż obejmuje ono „umocowanie do dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności do: 1) podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami, (...) 8) podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W dokumencie pełnomocnictwa wskazano, iż zostaje ono udzielone na czas trwania przetargu i pozostaje ważne aż do czasu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. W treści pełnomocnictwa dla Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. nie ma sformułowania o upoważnieniu do ustanawiania dalszych pełnomocnictw.

Drugie pełnomocnictwo z 31 marca 2010 r. dla Pana Arkadiusza G „do reprezentowania Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sprawowanie zastępstwa inwestycyjnego dla inwestycji pn. *Budowa siedziby Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego*, w tym do przygotowania i złożenia oferty i załączników do niej (...), zawarcia umowy w sprawie w/w zamówienia publicznego (...)”. W dokumencie wskazano, iż pełnomocnictwo zostaje udzielone na czas przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, z tym zastrzeżeniem, iż wygasa z dniem ustania stosunku pracy umocowanego Arkadiusza G wynikającego z umowy o pracę z 26 września 2008 r. W treści pełnomocnictwa zastrzeżono, iż pełnomocnik nie może ustanawiać dalszych pełnomocników do działania w imieniu i na rzecz Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w zakresie objętym pełnomocnictwem.

20 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Konsorcjum wybranej przez Zamawiającego, protokołu postępowania oraz przywołanych pism i dokumentów.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 19 lutego 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż w razie zasadności jego zarzutów wybór oferty Konsorcjum podlegającego wykluczeniu, którego oferta winna być odrzucona, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża na poniesienie szkody.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym dokumenty złożone przez Strony na rozprawie oraz oświadczenia i stanowiska Stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zważyła jednak, iż nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp przez nieodrzuconie oferty Przystępującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (w uzasadnieniu Odwołania wskazano art. 106 kc), z uwagi na to, iż została złożona przez pełnomocnika, który nie był umocowany do reprezentowania Konsorcjum. Okolicznością bezsporną między Stronami jest skuteczne ustanowienie Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. pełnomocnikiem (liderem) Konsorcjum na mocy pełnomocnictwa udzielonego przez P.U.I „EKO-INWEST” S.A. Odwołujący podniósł dodatkowo okoliczność, iż w treści tego pełnomocnictwa brak jest upoważnienia do ustanowienia dalszego pełnomocnika, co w połączeniu z literalną treścią drugiego pełnomocnictwa, udzielonego przez Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o., w której brak jest mowy o drugim członku Konsorcjum jako mocodawcy – przesądza o tym, że pełnomocnik Arkadiusz G nie był uprawniony do podpisania oferty w imieniu Konsorcjum.

Zdaniem Izby w przypadku pełnomocnictwa udzielonego osobie prawnej nie ma potrzeby wskazywania w jego treści upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw, gdyż osoba prawna z istoty swej nie działa „osobiście”, lecz za pośrednictwem osób fizycznych, które wchodzi w skład organów upoważnionych do jej reprezentacji, lub są jej pełnomocnikami. Izba podziela w tym zakresie zapatrywania wyrażone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1390/08). Pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie upoważniającym do złożenia oferty, jest pełnomocnictwem materialnoprawnym prawa cywilnego i dla skuteczności działania dalszych pełnomocników wymaga wyraźnego wskazania w swej treści umocowania do ich ustanowienia, chyba że umocowanie takie wynika z ustawy lub z ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa (art. 106 kc). W treści umocowania zawartego w pełnomocnictwie dla lidera Konsorcjum brak jest umocowania do ustanawiania dalszych pełnomocnictw, jednak umocowanie do udzielania pełnomocnictw przez zarząd uprawniony do reprezentacji spółki z ograniczoną

## Sygn. akt: KIO 773/10

odpowiedzialnością wynika wprost z kodeksu spółek handlowych. Pełnomocnictwo dla lidera umocowało bowiem do działania spółkę kapitałową posiadającą osobowość prawną, a nie imiennie wskazane osoby fizyczne wchodzące w skład jej zarządu (organu uprawnionego do jej reprezentacji). Z tego względu w ogóle można zastanawiać się czy pełnomocnictwo udzielone przez lidera Konsorcjum panu Arkadiuszowi G jest pełnomocnictwem „dalszym” w rozumieniu kodeksu cywilnego, którego przepisy dotyczące pełnomocnictw wprost odnoszą się do pełnomocnictw udzielanych osobom fizycznym. Przepis art. 106 kc w zakresie wskazywania w treści pełnomocnictwa umocowania do ustanowienia dalszych pełnomocników wskazuje na wagę zaufania do konkretnej osoby fizycznej, której udzielono pełnomocnictwa, co nie ma bezpośredniego przełożenia w razie ustanowienia pełnomocnikiem osoby prawnej.

W ocenie Izby, treść pełnomocnictwa do podpisania oferty, jako oświadczenie woli, należy tłumaczyć, biorąc pod uwagę całość okoliczności, w jakich zostało ono udzielone, a jego zakres ustalać z uwzględnieniem kontekstu sytuacyjnego, w jakim zostało udzielone. Izba podziela w tym zakresie zapatrywania wyrażone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 871/08). Z treści pełnomocnictwa udzielonego panu Arkadiuszowi G wynika umocowanie do działania w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które wprost z nazwy zostało wskazane i na potrzeby udziału w którym zawiązano Konsorcjum, celem wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Pełnomocnictwo to określa również rodzaj i zakres czynności, do których upoważniony jest pełnomocnik, w szczególności wprost wymienia przygotowanie i złożenie oferty, a także zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. W ocenie Izby zatem, wolą i intencją mocodawcy – lidera Konsorcjum było umocowanie pana Arkadiusza G do działania w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum a nie tylko lidera Konsorcjum. Z kolej wykładnia celowościowa treści obu udzielonych pełnomocnictw nie pozostawia wątpliwości, że Arkadiusz G podpisując ofertę działał w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 pzp w zw. z przepisem art. 106 kc nie potwierdził się.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut niewykazania przez wybrane Konsorcjum spełnienia warunku opisanego w § 4 pkt 1 ppkt 3 lit. b (w zw. z § 5 pkt 1 ppkt 3 i 4) s.i.w.z., tj. potwierdzenia, iż dysponuje co najmniej jedną osobą nadzorującą roboty budowlane na terenie objętym ochroną konserwatorską, posiadającą uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych, w szczególności przebytą, co najmniej 2-letnią praktyką zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomych. Z dokumentów i oświadczeń załączonych przez Konsorcjum do oferty w sposób jednoznaczny wynika, iż pan Krzysztof K wskazany do pełnienia tej funkcji posiada wymagane w s.i.w.z. doświadczenie (praktykę). Wynika to już z pkt. 2 Wykazu osób i pkt. 2

## Sygn. akt: KIO 773/10

Oświadczenia o posiadaniu uprawnień przez osoby, w szczególności drugi z tych dokumentów, sporządzonych według formularzy Zamawiającego, zawiera wręcz oświadczenie potwierdzające posiadanie przez pana Krzysztofa K 11-letniej praktyki zawodowej na budowie przy zabytkach nieruchomości. Dodatkowe dokumenty załączone przez Konsorcjum: *Opinia konserwatorska* z 12 listopada 2008 r. i *Wykaz ważniejszych realizacji* zawierają informacje niesprzeczne z wynikającymi z dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, które dodatkowo potwierdzają spełnianie wymogu. Odwołujący wybiórczo odwołuje się wyłącznie do *Wykazu osób* i bezpodstawnie domaga się by w tym dokumencie wskazano konkretną liczbę miesięcy kalendarzowych. Bezpodstawne jest również domaganie się wykazania w jakiś szczególny sposób, iż obiekty na których zdobywał praktykę pan Krzysztof Kisiel były zabytkami nieruchomymi. Pomijając fakt, iż Konsorcjum składając w ofercie dodatkowe dokumenty, w pewnym stopniu uczyniło zadość temu żądaniu, z obowiązujących przepisów, w szczególności z § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) wynika, iż warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym potwierdza się przez złożenie wykazu i oświadczenia, które są w istocie oświadczeniami wiedzy wykonawcy składającego ofertę. Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie w żaden sposób nie wykazał, iż oświadczenia złożone przez Konsorcjum budzą wątpliwości i nie zasługują na wiarę. Odwołujący nie podważył również oświadczenia złożonego na rozprawie przez Zamawiającego, który ustalił, iż pozycje 1, 3, 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13, 14 i 15 *Wykazu ważniejszych realizacji* dotyczyły 8 obiektów widniejących w rejestrze zabytków województwa pomorskiego, przy których pan Krzysztof Kisiel zdobył praktykę w łącznym wymiarze 38 miesięcy – Izba również nie znalazła podstaw do kwestionowania tego ustalenia i przyjęła je za własne.

W ocenie Izby, dokumenty załączone do oferty Konsorcjum nie potwierdzają jednak spełnienia przez niego warunku opisanego w § 4 pkt 1 ppkt 1 (w zw. z § 5 pkt 1 ppkt 2) s.i.w.z., przede wszystkim z tego względu, że druga z ujętych w wykazie doświadczenia usług nie polegała na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego/ inżyniera kontraktu. Bezsporne jest, iż Konsorcjum oświadczyło, iż wykonywało na rzecz Gminy w Kleszczowie usługę nadzoru inwestorskiego przy budowie kompleksu dydaktyczno-sportowego. Sporne jest natomiast, czy wykonana usługa nadzoru inwestorskiego może zostać uznana za usługę polegającą na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego lub inżyniera kontraktu. Z przedłożonej na rozprawie przez Odwołującego treści s.i.w.z. obowiązującej w tamtym postępowaniu, wynika, iż przedmiotem postępowania i zawartej umowy było pełnienie kompleksowego (wielobranżowego) nadzoru inwestorskiego przy budowie w systemie generalnego wykonawstwa, w tym rozliczenie rzeczowo-finansowe budowy, bez



umocowania do dokonywania czynności prawnych w imieniu inwestora. W przedłożonym na rozprawie przez Odwołującego piśmie z 13 maja 2010 r., wójt Gminy Kleszczów sprecyzował treść wystawionych referencji, wskazując, iż usługi polegały na wykonywaniu czynności inspektora nadzoru inwestorskiego określonych w przepisach prawa oraz w podpisanej umowie, które swoim zakresem obejmowało „pewne czynności” (w referencjach „wszelkie czynności”) Inżyniera Kontraktu zgodnie z warunkami FIDIC, tzw. czerwony, dodając jednak kluczowe sformułowanie – „jednak funkcję Inżyniera Kontraktu pełniła inna osoba zatrudniona przez Urząd Gminy w Kleszczowie”. W ocenie Izby, ze złożonego dokumentu wynika jednoznaczny wniosek – w przedsięwzięciu tym Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej nie wykonywało usługi polegającej na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu. Ponieważ wykonany nadzór inwestorski nie był również elementem zastępstwa inwestycyjnego – usługa ta nie może zostać zaliczona na poczet wymaganego w s.i.w.z. doświadczenia. Złożone dokumenty nie stoją w sprzeczności ani z oświadczeniem zawartym w wykazie, ani z treścią referencji, pozwalają natomiast na jednoznaczną ocenę, iż wykonywane „wszelkie czynności Zespołu Inżyniera Kontraktu” nie oznaczały pełnienia tej funkcji, nawet w wymiarze minimalnym przez lidera Konsorcjum, lecz wykonywanie nadzoru inwestorskiego w ramach zespołu inżyniera kontraktu, zatrudnionego odrębnie przez Gminę Kleszczów. Izba zauważa również, iż Konsorcjum w złożonym wykazie nie twierdziło, iż wykonało usługę inżyniera kontraktu/ zastępstwa inwestycyjnego – zarówno w skrótowym określeniu jak i w rozszerzonym opisie w kolumnie „Przedmiot zamówienia” mowa jest wyłącznie o nadzorze inwestorskim. Natomiast taki nieuprawniony wniosek wyciągnął sam Zamawiający, wbrew brzmieniu oświadczenia Konsorcjum i literalnej treści postawionego warunku. Gdyby przyjąć logikę prezentowaną przez Zamawiającego, sformułowanie inżynier kontraktu/ zastępstwo inwestycyjne pozbawione byłoby jakiegokolwiek znaczenia i byłoby równoznaczne z pojęciem nadzoru inwestorskiego. Zdaniem Izby, Zamawiający ogłaszając przetarg na zastępstwo inwestycyjne, obejmujące oprócz pełnienia nadzoru inwestorskiego, również przygotowanie inwestycji, wyłonienie generalnego wykonawcy i zawarcie z nim umowy lub umów na realizację Inwestycji a także, o ile okaże się to konieczne, wyłonienie innych wykonawców w zakresie niezbędnym dla jej zrealizowania oraz obsługę prawną inwestycji, w tym przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – miał prawo postawić rygorystyczny warunek, lecz w żadnym wypadku nie może na etapie badania i oceny jego spełniania łagodzić go, gdyż godzi to w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Izba zauważa, iż z odpowiedzi na pytania do s.i.w.z. z 16 marca 2010 r. wynika, iż w innych aspektach warunku (klasyfikowania zamówienia jako dotyczącego „Ogólnodostępnego obiektu kulturalnego”, wartości inwestycji) Zamawiający był rygorystyczny w jego przestrzeganiu, tak też powinien postąpić i w tym przypadku.

## Sygn. akt: KIO 773/10

Z kolei, w ocenie Izby, ujęta jako pierwsza w wykazie, usługa pełnienia funkcji Generalnego Realizatora Inwestycji przy budowie budynku Opera Nova w Bydgoszczy, również nie może, bez dodatkowych wyjaśnień, zostać zaliczona na poczet wymaganego w § 4 pkt 1 ppkt 1 (w zw. z § 5 pkt 1 ppkt 2) s.i.w.z. doświadczenia. Co prawda, Izba nie znalazła podstaw do podważania faktu, iż Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. jest następcą prawnym przedsiębiorstwa państwowego o tej samej nazwie – Izba w tym zakresie podziela ustalenia faktyczne i wywody prawne dokonane przez Zespół Arbitrów w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 października 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1173 i 1174/07). Natomiast rozważania Odwołującego dotyczące możliwości zmian podmiotowych po stronie wykonawcy, pomijając nawet kwestię ich aktualności i merytorycznej zasadności w świetle dorobku orzecznictwa i doktryny, w ogóle nie dotyczą przedmiotowej sprawy – zawarcie umowy na świadczenie tej usługi jak również przekształcenie w spółkę miało miejsce przed wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r.

Zdaniem Izby, funkcja Generalnego Realizatora Inwestycji, wskazana przez Konsorcjum w wykazie wykonanych usług, już z samej nazwy wskazuje na funkcję wykraczającą poza nadzór inwestorski, a zakres czynności wymieniony w referencjach potwierdza tylko, iż obejmowała ona szereg innych czynności poza pełnieniem funkcji nadzoru inwestorskiego, w szczególności przeprowadzenie przetargów i zawieranie umów z dostawcami, wykonawcami i innymi uczestnikami procesu inwestycyjnego, czy współdziałanie z Inwestorem w pozyskiwaniu środków finansowych z PFRON oraz Fundacji Polsko-Niemieckiej na realizację inwestycji.

Jednak przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego dokumenty podważają, w ocenie Izby, oświadczenie Konsorcjum zawarte w wykazie, iż wykonywanie tej usługi zakończyło się 31 stycznia 2008 r., Z przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Bydgoszczy o pozwoleniu na użytkowanie obiektu Opery Nova wynika, iż została ona wydana w wyniku rozpatrzenia wniosku z 11 stycznia 2008 r. złożonego przez Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o., zatem niewątpliwie po zakończeniu robót budowlanych pełniło ono nadal usługi wchodzące w zakres pojęcia inżyniera kontraktu/ zastępstwa inwestycyjnego. W przedłożonym na rozprawie przez Zamawiającego piśmie z 11 maja 2010 r. Opera Nova stwierdza, iż budowa zakończyła się 14 stycznia 2008 r. wraz z uzyskaniem wskazanego pozwolenia na użytkowanie, jednak zdaniem Izby jest to nieprecyzyjne stwierdzenie, gdyż Prawo budowlane odróżnia budowę, która kończy się przed uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (patrz nazwa Rozdziału 5 Prawa budowlanego *Budowa i oddanie do użytku obiektów budowlanych*). W dokumencie tym stwierdza się również, iż aktualnie Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej uczestniczy w realizacji czynności związanych z egzekwowaniem zobowiązań gwarancyjnych od bezpośrednich wykonawców robót. W ocenie Izby, o ile czynności te można uznać za niewchodzące w zakres podstawowych

## Sygn. akt: KIO 773/10

czynności inżyniera kontraktu/ zastępstwa inwestycyjnego i ich wykonywanie nie przeczy należytemu wykonaniu takiej usługi, gdyż usterki te mogą się pojawiać aż do upływu terminów gwarancji lub rękojmi na wykonane roboty budowlane. Jednak z dalszych dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego wynika w istocie, iż wykonywanie usługi Generalnego Realizatora Inwestycji nie zostało zakończone w dacie 30 stycznia 2008 r. Trudno bowiem uznać czynności, takie jak (wskazane w złożonych na rozprawie dokumentach): „Wykonanie opracowania techniczno-finansowego dla modernizacji układu monitoringu urządzeń technicznych zainstalowanych w I kręgu gmachu Opery Nova w Bydgoszczy (zlecenie wykonania z 5 maja 2008 r., protokół przekazania z 7 lipca 2008 r., faktura VAT z 9 lipca 2008 r., adnotacja inspektora nadzoru z ramienia POI z 11 lipca 2008 r.), „Wykonanie i montaż wraz z podłączeniem na ścianie korony amfiteatru przy gmachu Opery Nova dwóch rozdzielnic elektrycznych typu E-10 i E-11” (zlecenie wykonania z 1 kwietnia 2008 r., protokół technicznego odbioru z 15 maja 2008 r., faktura VAT z 15 maja 2008 r., adnotacja inspektora nadzoru z ramienia POI z 24 maja 2008 r.), „Wykonanie Instalacji intercomowej dla dwóch wind osobowych w części kongresowej gmachu Opery Nova” (zlecenie wykonania z 14 kwietnia 2008 r., protokół technicznego odbioru z 15 maja 2008 r., faktura VAT z 26 maja 2008 r., adnotacja inspektora nadzoru z ramienia POI z 28 maja 2008 r.), „Przebudowa zjazdu do luku załadunkowego windy towarowej w gmachu Opera Nova” (zlecenie wykonania z 30 kwietnia 2008 r.) oraz „Roboty dodatkowe w Opera Nova w Bydgoszczy” (protokół odbioru wykonanych robót budowlano-remontowych z 28 kwietnia 2008 r.), za dotyczące egzekwowania roszczeń związanych z rękojmią lub gwarancją, a jednocześnie we wszystkich zleceniach wykonania zawarto postanowienie, iż nadzór nad wykonaniem oraz odbiór powierza się Przedsiębiorstwu Obsługi Inwestycyjnej w ramach umowy 501/86 (prawdopodobnie pierwotnej umowy z 1986 r.). Wobec powstałych wątpliwości Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do ich wyjaśnienia, w szczególności wobec wyraźnie postawionego w s.i.w.z. wymagania wykazania się wykonanymi, a nie wykonywanymi usługami. Zdaniem Izby również w tym zakresie Zamawiający nie może na etapie badania i oceny spełniania warunku zmieniać jego literalnego brzmienia, przez przyjęcie, że usługa ta ma charakter ciągły i dopuszczalne jest wykazanie się również doświadczeniem zdobytym w usługach należycie wykonywanych, których wykonywanie się jednak nie zakończyło.

Wobec ustalenia przez Izbę, iż w zakresie żadnego z kwestionowanych warunków Zamawiający nie wzywał Konsorcjum ani do wyjaśnień, ani do uzupełnienia złożonych dokumentów, wykluczenie Konsorcjum z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. § 4 pkt 1 ppkt 1 s.i.w.z. byłoby przedwczesne. Dopiero w razie negatywnego rezultatu procedury odpowiednio: wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, Zamawiający będzie miał prawo i obowiązek wykluczyć Konsorcjum na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Tym niemniej Izba stwierdziła, iż Zamawiający

**Sygn. akt: KIO 773/10**

naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 pzp przez przedwczesne uznanie, na podstawie dokumentów załączonych do oferty, iż Konsorcjum nie podlega wykluczeniu w zakresie warunku określonego w pkt. § 4 pkt 1 ppkt 1 s.i.w.z., bez wezwania go do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając w kosztach postępowania odwoławczego uiszczony wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3599,00 zł na podstawie przedłożonej faktury VAT, zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....