

Sygn. akt: KIO/266/11

Sygn. akt: KIO/274/11

WYROK
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2011 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

- A. **Konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o.(lider konsorcjum), P.W. "Hydrobud" Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum 87 – 860 Chodecz, ul. Kaliska 11 - w dniu 9 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/266/11),**
- B. **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. (lider konsorcjum), Acciona Infraestructuras S.A., Melbud S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a - w dniu 10 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/274/11),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Golub-Dobrzyń, 87 – 400 Golub – Dobrzyń, Pl. Tysiąclecia 25.**

przy udziale wykonawców:

- Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Melbud S.A., 02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO/266/11 po stronie zamawiającego,

- Konsorcjum: IDS-BUD Sp. z o.o., FUNAM Sp. z o.o., KORPORACJA ALTIS HOLDING 02 – 305 Warszawa, Al. Jerozolimskie 136, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/266/11, KIO/274/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołania w pkt A, B**
2. kosztami postępowania obciąża:

- A. **Konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o.(lider konsorcjum), P.W. "Hydrobud" Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum 87 – 860 Chodecz, ul. Kaliska 11**
- B. **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. (lider konsorcjum), Acciona Infraestructuras S.A., Melbud S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a,**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

- A. kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o.(lider konsorcjum), P.W. "Hydrobud" Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum 87 – 860 Chodecz, ul. Kaliska 11** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,
- B. kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. (lider konsorcjum), Acciona Infraestructuras S.A., Melbud S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO/266/11

Sygn. akt: KIO/274/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Golub-Dobrzyń prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlano-montażowych dla projektu pod nazwą „*Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej Golubia-Dobrzyń*” – współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007-2013.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2010 r., za numerem: 2010/S 199-303498.

Sygn. akt KIO 266/11

W przedmiotowym postępowaniu, wykonawca działający w formie konsorcjum firm: MOLEWSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Chodczu (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o.o. (zwany dalej: „*Odwołującym*”), w dniu 9 lutego 2011 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 44 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i bezprawne wykluczenie go z postępowania oraz odrzucenie jego oferty.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum firm: IDS – BUD sp. z o.o. z Rypina (lider), Funam Sp. z o.o. i Korporacja Altis Holding, nakazanie unieważnienia uchylenia czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał na treść decyzji zamawiającego i stwierdził, że w sposób prawidłowy wykazał posiadanie doświadczenia zawodowego w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia i zauważył, że przedmiotem sporu jest kwestia, czy wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji inwestycji może być wykluczony z tego powodu, że roboty były wykonywane na podstawie kilku zamówień lub umów. Wskazując na treść skierowanego do zamawiającego pisma z dnia 29.10.2010 r. dotyczącego interpretacji pkt 5.1.2 siwz wraz z uzasadnieniem oraz treść odpowiedzi z

24.11.2010 r. na pytanie wykonawcy Odwołujący stwierdził, że skoro zgodnie z siwz należało wykazać wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu kilku budów, to nie można prawidłowo interpretując przedmiotowy zapis przyjmować twierdzenia, że roboty musiały być wykonane wyłącznie w oparciu o jedną umowę lub jedno zamówienie (takiego sformułowania brak jest w siwz, jak również w ogłoszeniu o przetargu.).

Mając powyższe na względzie, zdaniem odwołującego wykonany przez niego zakres robót na inwestycji w Zgierzu odpowiada w całości przedmiotowi zamówienia i nie może być dyskwalifikowany tylko z tego powodu, że inwestor podzielił inwestycje na kilka części, które jednakże były wykonywane w jednym miejscu, ciągu technologicznym, w jednym okresie lub w okresach bezpośrednio po sobie następujących. Wskazane przedsięwzięcie inwestycyjne zawiera wszystkie wymagane elementy, co potwierdzać ma pismo inwestora z 28.01.2011 r. załączone do odwołania, w którym spółka Wodociągi i Kanalizacja – Zgierz stwierdza iż odwołujący realizował roboty w ramach projektu pn. „Kanalizacja sanitarna miasta Zgierz wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków” na podstawie kilku odrębnych umów realizowanych jednocześnie jako „jedno zamierzenie inwestycyjne”.

Na poparcie argumentacji odwołujący przywołał orzeczenia Izby sygn. KIO/UZP 517/08, 561/08, 653/09, 887/09, 1318/10, a także wyroki z 4.11.2009 r. i 17.03.2006 r. (UZP/ZO/0-734/06).

Odwołujący zauważył, że określając usługi adekwatne do przedmiotu zamówienia nie można określać warunku udziału z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ustawy.

W ocenie odwołującego zamiarem zamawiającego w niniejszym postępowaniu było wyeliminowanie możliwie jak największej liczby oferentów i dokonanie wyboru niewielkiego lokalnego przedsiębiorcy, który złożył ofertę wspólną z podmiotem z Ukrainy, co do którego zachodzą wątpliwości w zakresie deklarowanego doświadczenia, których to wątpliwości zamawiający nie wyjaśnił.

W konsekwencji odwołujący stwierdził, że jego oświadczenie złożone w trybie art. 44 ustawy, że posiada odpowiednie doświadczenie w zakresie robót objętych przedmiotem zamówienia jest prawdziwe i nie może być bezpodstawnie pominięte, gdyż gwarantuje zamawiającemu profesjonalne wykonanie oferowanych robót.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, że jest on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Uzasadniając decyzję zamawiający wskazał na postanowienia siwz w zakresie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz treść wyjaśnień, gdzie wskazał na wymóg wykazania się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 36 mln PLN netto, która obejmowała jednocześnie realizację wszystkich wskazanych w siwz rodzajów robót ze stwierdzeniem, że powołany warunek nie będzie spełniony dla robót budowlanych o zakresie

określonym w siwz i wykonanych w ramach oddzielnych zamówień. Wskazał, że wykonawca wezwany do uzupełnienia wykazu wykonanych robót podtrzymał załączony do oferty wykaz robót budowlanych. Wskazując, że czynność wykluczenia odwołującego jest wynikiem zastosowania warunku określonego w siwz, wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący Mostostal Warszawa S.A. (lider konsorcjum) wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący IDS-BUD (lider konsorcjum) wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie jako wniesionego po upływie terminu zawitego określonego w ustawie. Stwierdził, że zarzuty i argumentacja odwołania dotyczą w istocie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w ogłoszeniu i siwz, o jednoznacznej treści. Zauważył, że również wyjaśnienia zamawiającego z 24.11.2010 r. dotyczące tego warunku nie zostały zakwestionowane w drodze wniesienia środków ochrony prawnej.

Sygn. akt KIO 274/11

Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.(lider), Acciona Infraestructuras S.A., Melbud S.A., zwane dalej „odwołującym” wniósł odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty wybranego wykonawcy tj. konsorcjum podmiotów, w skład którego wchodzi: IDS-Bud Sp. z o.o. (lider), Funam Sp. z o.o. i Korporacja Altis-Holding. Zakwestionował uznanie przez zamawiającego, że wybrany wykonawca potwierdził niekaralność wszystkich osób wchodzących w skład organu zarządzającego Korporacji Altis-Holding (partnera konsorcjum) oraz, że wykazał się wymaganą wiedzą i doświadczeniem w kontekście informacji zawartych w *Wykazie* oraz załączonych dokumentach.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku powtórnego badania i oceny ofert, a w szczególności nakazanie wezwania konsorcjum IDS-Bud do złożenia stosownych wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w odniesieniu do dokumentów objętych zarzutami, a w przypadku niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykluczenie tego konsorcjum i odrzucenie złożonej przezeń oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał:

1/ W zakresie zarzutu dot. niekaralności osób wchodzących w skład organu zarządzającego partnera konsorcjum stwierdził, że z dokumentów na str. 116 – 123 oferty wynika, iż osobami wchodzącymi w skład organu zarządzającego Korporacji Altis-Holding, uprawnionymi do działania bez upoważnienia są cztery osoby, natomiast do oferty, na str. 151 – 152

dołączono zaświadczenie z tłumaczeniem dotyczące tylko jednego z członków organu zarządzającego tj. p. G. pełniącego funkcję kierownika osoby prawnej, mimo iż nie jest on jedyną osobą uprawnioną do działania bez odrębnego upoważnienia w imieniu korporacji, co mają potwierdzić również postanowienia pkt 12 umowy założycielskiej holdingu. W tej sytuacji, zdaniem odwołującego, zamawiający powinien zażądać uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności dla pozostałych osób wchodzących w skład organu zarządzającego.

2/ W zakresie zarzutu dot. wiedzy i doświadczenia wybranego wykonawcy odwołujący wskazał na treść siwz, z których wynika wymóg wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na łącznym zrealizowaniu wszystkich elementów opisanych w warunkach, wynikającym z jednej umowy.

Odwołujący podniósł, że roboty potwierdzone dokumentem referencyjnym na str. 36-37 oferty wybranej, nie zostały wykonane w ramach jednego kontraktu, lecz kilku umów. Wskazując, że roboty z wykazu prowadzono w dniach 10.11.2007 – 7.08.2010 r., a zatem wątpliwe jest by realizował je podmiot, którego umowa założycielska została zawarta dnia 24.07.2009 r. Odwołujący wskazał na przesłankę wykluczenia wykonawcy przedstawiającego nieprawdziwe informacje bez wzywania do uzupełnienia dokumentów. Zwrócił także uwagę na obowiązkowe stosowanie art. 26 ust. 4 ustawy w razie wątpliwości co do złożonych oświadczeń i dokumentów oraz dopuszczalność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy po uprzednim wykluczeniu przesłanek dotyczących nieprawdziwości danych.

W konkluzji uznał, że wybrany wykonawca nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania, z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy.

W toku rozprawy odwołujący potrzymał zarzut ad 1/.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że zgodnie z urzędowym dokumentem – wyciągiem z Państwowego Rejestru (...) kierownikiem osoby prawnej jest wymieniona w nim osoba fizyczna pełniąca funkcję organu zarządzającego, czego potwierdzeniem jest również treść kompetencji tej osoby (Dyrektora Generalnego) opisana w umowie założycielskiej.

Przystępujący: konsorcjum IDS-Bud wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu stwierdził, że wymienienie osób uprawnionych do dokonywania czynności prawnych w imieniu Korporacji Altis Holding w wyciągu z ukraińskiego Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych i Osób Fizycznych, nie oznacza, że osoby te są członkami organu zarządzającego Korporacji, a Rada Dyrektorów nie jest odpowiednikiem zarządu spółki na gruncie prawa polskiego. Stwierdził, że funkcje zarządcze w Korporacji pełni Prezes Rady Dyrektorów – Dyrektor Generalny, stanowiący odpowiednik organu

zarządzającego w rozumieniu polskiego prawa. Osobami wskazanymi i Rejestrze, poza Prezesem Rady, są Pierwszy Zastępca i Zastępcy, lecz osoby te nie stanowią odpowiedników organu zarządzającego, lecz są osobami upoważnionymi do podejmowania określonych czynności w celu operatywnego sprawowania funkcji organizacyjno-dyspozycyjnych należących do kompetencji Prezesa Rady Dyrektorów. Działają oni w ramach uprawnień zarządczych i kierowniczych Prezesa Rady, na co wskazuje także nazwa ich funkcji tj. „zastępca”. Na powyższą okoliczność odwołujący załączył prywatną opinię prawną.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 266/10

Rozpatrując w pierwszej kolejności wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu liczonego od daty ogłoszenia o postępowaniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba nie uznaje wniosku za uzasadniony. Należy stwierdzić, że odwołanie, niezależnie od treści argumentacji podnoszonej w stosunku do treści opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest odwołaniem wobec czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej. Niesporne jest, że czynności te zostały zaskarżone w terminie, a zatem brak jest podstaw do odrzucenia odwołania, w tym w oparciu o przesłanki wskazane w przystąpieniu.

Analizując postanowienia siwz w zakresie warunków udziału w postępowaniu zasadne jest wskazanie ich treści. Stosownie do zapisu pkt 5 ppkt 1.2 SIWZ postawiono wymóg dotyczący wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 36 mln PLN netto, polegającej na:

- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie oczyszczalni ścieków o średniej dobowej przepustowości co najmniej 2800 m³/dobę i
- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie stacji wodociągowej o zapotrzebowaniu na wodę o wielkości co najmniej 2000 m³/dobę i
- budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 5000 mb i
- budowie i/lub przebudowie sieci wodociągowej o długości co najmniej 5000 mb.

Za ukończone uznaje się roboty budowlane dla których zostało wydane minimum Świadectwo Przejęcia w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC (Międzynarodowa

Federacja Inżynierów Konsultantów - Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) lub dokument równoważny potwierdzający zakończenie robót, np. protokół odbioru końcowego.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania treść powołanego warunku była na wniosek wykonawców wyjaśniana, składano również wnioski o jego modyfikację. Zamawiający potwierdził, że koniecznym jest wykazanie się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 36 mln PLN netto, która obejmowała jednocześnie realizację wszystkich wskazanych rodzajów robót, a przytoczony warunek nie będzie spełniony dla robót budowlanych o zakresie określonym jak powyżej i wykonanych w ramach oddzielnych zamówień. Wnioski o modyfikację siwz nie zostały uwzględnione. W takim stanie rzeczy zasadne jest przyjęcie, że siwz wiąże wszystkich uczestników, w tym także zamawiającego, niezależnie od ewentualnej oceny stopnia rygorystyki tych warunków. Oznacza to, wobec użycie spójnika „i” oraz sformułowania „jedna robota budowlana”, że zamawiający nie miał podstaw do uznania wykazania spełnienia tego warunku przez odwołującego legitymującego się realizacją kilku robót w ramach kilku umów o realizację robót budowlanych na rzecz jednego inwestora. W świetle jednoznaczności i niezmienności warunku, decyzja zamawiającego, który nie uznał przedstawionego doświadczenia ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, była uzasadniona jako znajdująca oparcie w postanowieniach siwz, którymi są związani zarówno zamawiający, jak i wykonawcy.

Tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

Sygn. akt KIO 274/10

Wobec odstąpienia od podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego doświadczenia Korporacji Altis Holding, Izba rozpatrzyła odwołanie w pozostałym zakresie.

Oceniając zarzut dotyczący braku dokumentów potwierdzających niekaralność osób wchodzących w skład organu zarządzającego partnera konsorcjum, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (Korporacji Altis Holding) Izba przeanalizowała treść dokumentu źródłowego, jakim jest umowa założycielska holdingu oraz treść wyciągu z ukraińskiego Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych i Osób Fizycznych dotyczącego Korporacji Altis Holding.

Należy stwierdzić, że zapisy umowy nie wskazują jednego organu zarządzającego przedmiotowej osoby prawnej mogącego stanowić odpowiednik takiego organu na gruncie prawa polskiego. W szczególności wskazanie takie nie wynika z zapisu pkt 10 Umowy założycielskiej wskazującej na cztery organy zarządzania i kontroli nad Korporacją wymieniając: Walne Zgromadzenie udziałowców, Komisję Rewizyjną, Radę Dyrektorów i Prezesa Rady Dyrektorów – Dyrektora Generalnego. Wydaje się niesporne, biorąc pod

uwagę zakres kompetencji, że dwa pierwsze z wymienionych organów nie stanowią organu zarządzającego podmiotu. W pkt 12 umowy stwierdza się, że Rada Dyrektorów jest organem wykonawczym Korporacji, który wykonuje funkcje zarządzające zgodnie z niniejszą umową. Analiza kompetencji tego organu wymienionych w pkt 12.3 oraz zasady procedowania (pkt 12.4 – 12-9) prowadzi do wniosku, że podmiot ten wykonuje funkcje zarządcze, lecz w konkretnie enumeratywnie określonych sprawach. Tym samym przypisanie mu funkcji bieżącego zarządzania Korporacją nie znajduje uzasadnienia. Z kolejnych zapisów umowy (pkt 13) wynika, że organem wykonawczym Korporacji jest Prezes Rady Dyrektorów – Dyrektor Generalny, który m. in. wykonuje kierownictwo działalnością operacyjną i gospodarczą reprezentując Korporację na zewnątrz. W ocenie Izby kompetencje tego podmiotu, będącego stosownie do treści wpisu w Rejestrze, kierownikiem osoby prawnej, wskazują na pełnienie przez niego funkcji organu zarządzającego osobą prawną stanowiąc odpowiednik takiego podmiotu w rozumieniu prawa polskiego. Ponadto należy zauważyć, że zastępcy Dyrektora Generalnego stosownie do treści pkt 14 umowy wykonują „funkcje organizacyjno-dysponujące odniesione do kompetencji Dyrektora Generalnego”, posiadając uprawnienia do dokonywania czynności prawnych wymienionych w umowie. Z kolei fakt uwidocznienia określonych osób w Rejestrze państwowym z określeniem ich kompetencji nie oznacza, że osoby te pełnią funkcję członków organu zarządzającego.

W konsekwencji dokonanego ustalenia stwierdzić należy, że wybrany wykonawca przedstawił wymagane dokumenty potwierdzające niekaralność urzędującego członka organu zarządzającego partnera konsorcjum.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

