

WYROK

z dnia 13 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Aldesa Construcciones Polska S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Uniwersytet Gdański, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Block Sp. z o.o. (Lider) Block a.s. (partner Konsorcjum), Ząbkowska 27/31, 03-736 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Uniwersytetowi Gdańskiemu, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączone czynnością wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Block Sp. z o.o. (Lider) Block a.s. (partner Konsorcjum), Ząbkowska 27/31, 03-736 Warszawa,** na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót wskazanych w pkt 2 i 3 wykazu wykonanych robót budowlanych,
2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Gdański, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Aldesa Construcciones Polska S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Uniwersytetu Gdańskiego, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk, na rzecz Aldesa Construcciones Polska S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) 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:

Małgorzata Łomice
.....



Na oryginalnie nie użyć podpisu.
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

Paweł Trojan
Paweł Trojan

Uzasadnienie

Uniwersytet Gdański, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku Instytutu Biotechnologii Uniwersytetu Gdańskiego. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 sierpnia 2013 r. zamawiający - w formie faksu - przekazał wykonawcy Aldesa Construcciones Polska S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „Aldesa”) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z informacją zawartą w zawiadomieniu za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Block Sp. z o.o. (Lider) Block a.s. (partner Konsorcjum), Żąbkowska 27/31, 03-736 Warszawa (dalej: „Konsorcjum” lub „przystępujący”) natomiast oferta odwołującego została w postępowaniu sklasyfikowana na drugim miejscu.

30 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Aldesa wobec zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 Pzp przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie naruszenie:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków

Odwołujący wnosił o:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu,
- ewentualnie - wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił:

I.

Zdaniem odwołującego analiza całokształtu dokumentów dołączonych do oferty Konsorcjum prowadzi do wniosku, że osoba dedykowana na stanowisko kierownika budowy nie posiada wymaganych uprawnień bez ograniczeń. Odwołujący twierdził, że przepisy prawa, na podstawie których pan Mirosław Jankowski uzyskał uprawnienia budowlane wprost stanowią, iż osoby z wykształceniem średnim technicznym mają uprawnienia ograniczone do budowy budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Zdaniem Aldasa w świetle przywołanych przepisów i orzecznictwa, oraz informacji zawartej w wykazie osób, iż pan Mirosław Jankowski posiada wykształcenie średnie techniczne, twierdzić można, iż uprawnienia pana Jankowskiego nie są uprawnieniami „bez ograniczeń”, jak wymagał tego zamawiający w siwz. Ponadto wskazywał, że wobec sprzeczności treści dokumentów zawartych w ofercie, z przywołanymi wyżej przepisami prawa, powstała co najmniej wątpliwość, czy Konsorcjum umyślnie nie wprowadza zamawiającego w błąd w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. W ocenie odwołującego zamawiający powinien wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, celem ustalenia, czy nie zachodzi przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeżeli w wyniku tej czynności potwierdzi się, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

II.

Aldasa wyjaśniał, że w ofercie Konsorcjum przedstawił dwie polisy OC. Jedna z tych polis (dla Block Sp .z o.o. w Warszawie) opiewa na sumę ubezpieczeniową 500 tys. zł, w treści polisy nie oznaczono wysokości składki. Druga (dla Block a.s. w Pradze) opiewa na 60

min czeskich korun i oznaczono w niej wysokość składki na 426.348 CZK oraz wysokość rat i terminy ich płatności. Ze względu na wysokość sum ubezpieczeniowych tylko obie polisy łącznie mogą spełniać ustalony wyżej warunek udziału. Celem udokumentowania, iż polisy zostały opłacone przystępujący dla pierwszej polisy dołączył dowód przelewu na 9 tys. zł, co jednak nie dowodzi, iż polisa została opłacona w całości (albo co najmniej w odpowiedniej na dzień składania ofert wysokości rat).

Zdaniem odwołującego w tych okolicznościach istnieje wątpliwość, czy przystępujący dysponuje opłaconą polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 10 000 000,00 złotych. W związku z powyższym ponosił, iż zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp zaniechał wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

III.

Aldasa wyjaśnił, że strona 11 oferty przystępującego zawiera dokument pełnomocnictwa, z którego wynika, iż konsorcjum wyznacza na pełnomocnika konsorcjum firmę Block Sp. z o.o. Pełnomocnictwo to zostało podpisane ze strony Block Sp. z o.o. przez pana Grzegorza Bierzyńskiego, a ze strony Block a.s. przez panów Alesa Kovarik i Rudolfa Limbesky. Zgodnie z zasadą reprezentacji ujawnioną w rejestrze Block a.s. w imieniu spółki Block a.s. „zawsze występuje dwóch członków zarządu” (str. 88, tłum. Str. 92 oferty). Jednocześnie odwołujący zauważał, że z dołączonego do oferty odpisu z rejestru handlowego spółki Block a.s. wynika, że jej członkiem zarządu jest m. in. Rudolf LIMBERSKY. Zdaniem odwołującego oznacza to, że z oferty nie wynika, że Rudolf Limbesky, który złożył podpis na dokumencie pełnomocnictwa, jest upoważniony do reprezentacji spółki. Zaś podpis pana Alesa Kovarik jest niewystarczający na uznanie, że Block Sp. z o.o. została skutecznie ustanowiona pełnomocnikiem konsorcjum (reprezentacja dwuosobowa).

W związku z powyższym odwołujący podnosił, iż pełnomocnictwo przedłożone przez przystępującego, mające stanowić umocowanie dla działania spółki Block Sp. z o.o. w imieniu konsorcjum jest wadliwe, albowiem nie zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji. Zdaniem Aldasa powstaje wątpliwość, prezes zarządu Block Sp. z o.o., który podpisał ofertę w imieniu konsorcjum Block, był upoważniony do dokonania tej czynności, a w konsekwencji czy oferta Konsorcjum jest złożona skutecznie i czy wiąże Konsorcjum.

Odwołujący wskazywał, że oferta podpisana przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu wykonawcy obarczona jest wadą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, tzn. jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 104 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Ustalenie,

że oferta została złożona bez umocowania skutkuje obowiązkiem jej odrzucenia. Aldasa wyjaśniał, że w związku z art. 26 ust. 3 Pzp ewentualne odrzucenie oferty z powodu braku umocowania do działania w imieniu wykonawcy osoby składającej ofertę, powinno zostać poprzedzone wyczerpaniem trybu wezwania do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa. W ocenie odwołującego, zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do złożenia pełnomocnictwa niezawierającego błędu, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

IV.

Aldasa wskazywał, że przystępujący powołał się w ofercie na doświadczenie podmiotu trzeciego (aż dwie budowy spośród trzech wymaganych warunkiem udziału stanowi potencjał podmiotu trzeciego-firmy Unistav). Dołączone do oferty pisemne zobowiązanie firmy Unistav (str. 306 oferty) zostało złożone w postaci, która nie pozwala na stwierdzenie, że zostało ono złożone w sposób wiążący dla Unistav. Tożsamą wadą cechuje się oświadczenie Unistav złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do udokumentowania zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku łączącego Block z Unistav oraz zakresu i okresu udziału Unistav przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że zarówno bowiem na zobowiązaniu złożonym z ofertą, jak i na uzupełnionym oświadczeniu widnieje nieczytelny podpis nieopatrzony imienną pieczęcią; dokument jest opatrzony jedynie pieczęcią firmową. W związku z powyższym nie można ustalić, czy zobowiązanie do udostępnienia zasobów i oświadczenie zostały podpisane przez osobę uprawnioną do działania w imieniu podmiotu trzeciego, co prowadzi do wniosku, że nie można na podstawie treści oferty wnioskować, że wykonawca wykazał spełnianie warunków.

Wyjaśniał, że instytucja polegania na zasobach podmiotu trzeciego jest wyjątkiem od zasady wykazania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na postawie własnego potencjału. W związku z tym ustawodawca położył szczególną wagę na obowiązek wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego jest w danych okolicznościach realne i pewne. W tym celu wyposażył zamawiającego w uprawnienie do żądania pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz dokumentów potwierdzających, że wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia i w sposób gwarantujący rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Zwracał uwagę, że w orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że to na wykonawcy

cięży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować zasobami podmiotu trzeciego, że wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji zamówienia publicznego (np. wyrok z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10; wyrok z dnia 1125/10, sygn. akt KIO 1125/10). Nie jest takim, wymaganym przepisami prawa, jednoznacznym dowodem dokument, na podstawie którego nie można ustalić, czy został podpisany przez osobę uprawnioną do działania w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby, a nawet ustalić danych (imienia i nazwiska) osoby, która podpisała dokument. Wobec istotnej wątpliwości, czy dokument taki jest w ogóle wiążący dla podmiotu trzeciego, nie może on dowodzić, że wykonawca gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego.

Odwołujący podnosił, że skoro zatem przystępujący nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązania do udostępnienia zasobów Unistav, które stanowiłoby dowód dysponowania przez Block zasobami tej firmy w sposób dla niej wiążący, tzn. podpisanego przez osobę uprawnioną do działania w imieniu Unistav. Stanowi to naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie odwołujący podkreślał, iż zamawiający nie może zastosować art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do oświadczenia o zakresie dostępnych przystępującemu zasobów Unistav, sposobu ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku łączącego przystępującego z Unistav oraz zakresu i okresu udziału Unistav przy wykonywaniu zamówienia. Dokument ten został bowiem złożony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do jego uzupełnienia (wobec braku stosownych dowodów w ofercie). W związku z powyższym przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z postępowania stanowi naruszenie Pzp, mające wpływ na wynik postępowania.

V.

Następnie odwołujący podał, że Konsorcjum - jak już wyżej wskazano - powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego i przedstawił celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu roboty budowlane wykonane przez firmę Unistav (poz. 2 i 3 wykazu). Dla udowodnienia należytego wykonania tych robót przedstawił kopie referencji

wystawionych dla firmy Unistav (str. 294 i nast. oferty). Kopie te zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez Block Sp. z o.o. Pismem z dnia 2.08.2013 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu robót, albowiem informacje w nim zawarte nie potwierdzały spełniania wszystkich wymagań opisanych w warunku udziału w postępowaniu (wezwanie dotyczyło wszystkich trzech pozycji). W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum oświadczyło, iż dokonało zmiany wykazu robót zastępując budowę wymienioną dotychczas pod poz. 2 wykazu (Uniwersytet Masaryka w Brnie) inną budową (Aquapark w Pradze). Przedstawiona w trybie art. 26 ust. 3 Pzp budowa Aquapark w Pradze stanowi zasób udostępniony przez firmę Unistav. Do wykazu przystępujący dołączył kopie referencji dla firmy Unistav poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Block Sp. z o.o.

W związku z powyższym odwołujący podnosi, iż w pkt V.5.4) siwz zamawiający ustalił, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów muszą być poświadczone za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Przedłożenie przez przystępującego kopie dowodów należytego wykonania robót przez podmiot trzeci poświadczonych za zgodność nie przez ten podmiot trzeci, ale przez przystępującego, jest niezgodne z zacytowanym pkt V.5.4) siwz. Zamawiający dopuszczając możliwość posłużenia się przez Konsorcjum kopią referencji niepoświadczoną za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci narusza ustalone w siwz zasady prowadzenia postępowania, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Ponadto poświadczenie dokumentu podmiotu trzeciego przez wykonawcę jest także niezgodne z przepisem § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz 231), zwane dalej „rozporządzeniem o rodzajach dokumentów”. Odwołujący podkreślał, iż forma w jakich przedkłada się dokumenty podmiotu trzeciego została narzucona wykonawcom przez przepis powszechnie obowiązujący. Odwołujący wskazywał przy tym na zasadę racjonalności ustawodawcy. Ustanowienie przez ustawodawcę określonych wymagań co do formy składanych dokumentów nie może być uznane za niecelowe. W tym przypadku forma składanych dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich, służy wzmocnieniu wiarygodności takiego dokumentu, co ma m. in. istotne znaczenie dla udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca realnie dysponuje zasobem podmiotu trzeciego (jak w pkt IV odwołania). Złożenie referencji w sposób niezgodny z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie może zatem podlegać prawnej ochronie (być dopuszczonym

przez zamawiającego), albowiem nie odpowiada celowi dla którego przepis został ustanowiony. Dokument, który został złożony niezgodnie z przepisami prawa i postanowieniami siwz nie może stanowić dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może takiego dokumentu uwzględnić przy dokonywaniu badania, czy przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego należy uznać, że przystępujący nie wykazał, iż spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia wymagany siwz. Jednocześnie wobec faktu, iż referencja dotycząca nowej poz. 2 wykazu (budowa Aquapark w Pradze) została złożona w wyniku wezwania Block do uzupełnienia, nie jest możliwe ponowne wezwanie przez zamawiającego Konsorcjum do złożenia referencji w formie wymaganej siwz. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania stanowi naruszenie ustawy, mające wpływ na wynik postępowania.

2 września 2013 r. do Izby wpłynęło w formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony Konsorcjum.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę przystępującego, przedstawione dowody, pisma oraz stanowiska stron a także przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności związane z treścią siwz oraz oferty Konsorcjum złożonej w postępowaniu oraz treścią pism zamawiającego zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

W toku posiedzenia Izby:

- zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości wraz z dowodami:

- a. mającymi potwierdzić, że zamawiający nie będzie w stanie zwiększyć środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia (umowa o dofinansowanie wraz z aneksem, studium wykonalności dla projektu, komplet pism, protokół postępowania);
- b. tabela średnich kursów NBP z dnia 21 czerwca 2013 r.;

- c. oświadczenie członków komisji przetargowej z dnia 12 września 2013 r., że projekt budynku Instytutu Biotechnologii zakłada konstrukcję budynku, która jest powszechnie znanym rozwiązaniem konstrukcyjnym. W treści oświadczenie stwierdzono, że zakres uprawnień budowlanych jak i wskazane doświadczenie pana Mirosława Jankowskiego wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, przez Konsorcjum jest wystarczające;
 - d. oświadczenie Pana inż. Antoniego Gronka z dnia 3 września 2013 r., że zaprojektowana konstrukcja budynku Biotechnologii jest powszechnie znanym rozwiązaniem konstrukcyjnym;
- przystępujący złożył pismo procesowe w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości i wraz z pismem przedstawił dowody, tj.:
- a. rachunek nr 1390660001 z dnia 21 listopada 2012 r. wystawiony przez Block Sp. z o.o. na kwotę 9 000 PLN,
 - b. oświadczenie AIG Limited Spółka z o.o. Oddział w Polsce, że składka za polisę nr 0361004934 została opłacona w pełnej wysokości.
 - c. oświadczenie Konsorcjum z dnia 9 września 2013 r. w zakresie poprawności pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013 r. dla lidera Konsorcjum – Block Sp. z o.o.
 - d. odpis z rejestru handlowego firmy Unistav a.s., prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Brnie wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski wraz z notarialnym poświadczeniem własnoręcznego podpisu Pana Mirosław Frisa.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego opierającego się na tym, że po stronie odwołującego brak jest legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, gdyż zamawiający nie posiada środków na realizację zamówienia w wysokości na jaką złożono ofertę Aldesa.

W ocenie Izby, odwołujący wykazał legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż jest jednym z wykonawców ubiegających się o zamówienie, który złożył ofertę drugą w kolejności i zakwestionował prawidłowość oferty Konsorcjum, która została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Potwierdzenie się zarzutów odnoszących się do oferty przystępującego stanowiłoby o naruszeniu interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a tym samym świadczyło o możliwości poniesienia szkody. Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje

podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba potwierdziła również skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp opisane w odwołaniu w części potwierdziły się.

I.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z 24 ust. 2 pkt 3 w Pzp w zakresie uprawnień Pana Mirosława Jankowskiego, dedykowanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy. Po zbadania całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie oraz wszelkich okoliczności Izba doszła do przekonania, że zgłoszone zarzuty należy uznać za niezasadne.

W oparciu o postanowienia siwz Izba ustaliła, że w rozdziale IV pkt 1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) zamawiający sprecyzował wymagania w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Na potwierdzenie tego warunku zamawiający wymagał wykazania, że: „wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w okresie realizacji zamówienia: Kierownikiem budowy o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającym kwalifikacje do sprawowania funkcji kierownika budowy bez ograniczeń, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006r. Nr 83 poz. 578 ze zm.) lub uprawnienia tożsame wydane na podstawie starszych przepisów lub tożsame wydane w państwach Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, który kierował co najmniej 3 budowami obiektów kubaturowych o powierzchni użytkowej nie

mniejszej, niż 7.000 m² każda i wartości robót co najmniej 30 000 000,00 złotych brutto każda".

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1.1 ppkt 3 i 4 siwz wykonawcy mieli wraz z ofertą złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do siwz oraz oświadczenie dotyczące osoby, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. Kierownika budowy – zgodnie załącznikiem nr 9 do siwz.

Konsorcjum wraz z ofertą złożyło żądany przez zamawiającego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia - według wzoru stanowiącego załącznik do siwz (str. 308 oferty). W wykazie osób (str. 308 oferty) w zakresie funkcji kierownika budowy wskazano osobę pana Mirosława Jankowskiego. W wykazie przystępujący podał informację, iż pan Mirosław Jankowski posiada wykształcenie średnie techniczne oraz że posiada uprawnienia budowlane nr 1813/Gd/85 z dnia 21 stycznia 1985 r. do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W oświadczeniu o posiadaniu uprawnień wypełnionym zgodnie z załącznikiem nr 9 do siwz (str. 310 oferty), przystępujący oświadczył, że pan Mirosław Jankowski „posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, oraz kwalifikacje do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie”. Na stronie 309 oferty znajduje się natomiast zobowiązanie pana Mirosława Jankowskiego do współpracy z Konsorcjum, a w jego treści oświadczenie, zgodnie z którym posiada on „uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej”.

W zakresie omawianego zarzutu Izba przyznała rację zamawiającemu dzielając w pełni prezentowaną przez niego argumentację. Izba, podobnie jak zamawiający, stanęła na stanowisku, że zamawiający treścią siwz nie wymagał od osoby zaproponowanej na stanowisko kierownika budowy pełnych uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, gdyż zgodnie z § 17 ust. 1 rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006r. Nr 83 poz. 578 ze zm.) obejmują także projektowanie, podczas gdy w specyfikacji zamawiający sprecyzował wymóg do wykazania się kwalifikacjami do kierowania robotami, nie wymagał natomiast posiadania kwalifikacji do projektowania. Zgodzić się należy, że użyty przez zamawiającego w siwz wymóg posiadania „kwalifikacji do sprawowania funkcji kierownika budowy bez ograniczeń” nie jest tożsamy z wymogiem posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w danej

specjalności, w tym wypadku w specjalności konstrukcyjno budowlanej.

Tym samym Izba uznała, że uprawnienia Pana Mirosława Jankowskiego nie są uprawnieniami ograniczonymi w rozumieniu przepisu § 17 ust. 2 rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006r. Nr 83 poz. 578 ze zm.), nie zawierają bowiem ograniczeń. Ponadto takie ograniczenia nie wynikają również z przepisów obowiązujących w dacie ich wydania.

Podkreślić także należy, że w toku postępowania przed Izbą zamawiający wykazał ponad wszelką wątpliwość, że realizowany w ramach przedmiotowego zamówienia budynek jest budynkiem o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Świadczy o tym opinia projektanta a także pracowników Centrum Inwestycji i Remontów Uniwersytetu Gdańskiego.

Izba uznała za zasadne przywołanie treści wyroku Izby, na który w treści odpowiedzi na odwołanie powołał się zamawiający z uwagi na to, że w pełni podziela argumentację w nim zawartą: „Izba za błędne i niezasadne uznaje stanowisko zamawiającego jakoby użycie przezeń w opisie warunku zwrotu „bez ograniczeń” oznaczało wymaganie przedstawienia uprawnień budowlanych w określonym zakresie bez jakichkolwiek ograniczeń. W przypadku gdy zamawiający nie specyfikując dokładnie o jakie ograniczenia mu chodzi, posługuje się przy tym określeniem występującym na gruncie przepisów regulujących materię, do której opis warunku referuje i posiadającym tam ustalone znaczenie, przyjąć należy rozumienie pojęcia „bez ograniczeń” nadane mu przez przepisy § 23 [w niniejszej sprawie odpowiednio § 17] wyżej powoływanego rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Tym samym zamawiający wymagał braku ograniczeń przejawiających się niemożliwością kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami i instalowaniem tych urządzeń dla obiektów budowlanych o kubaturze do 1.000 m. [w niniejszej sprawie chodzi odpowiednio o wymóg braku ograniczeń, o których mowa w § 17 ust. 2 w/w rozporządzenia] Natomiast żądanie odpowiadających im ważnych uprawnień budowlanych wydanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa oznacza wymaganie uprawnień, które przy wszystkich różnicach terminologicznych i zakresowych wynikających z obowiązujących na przestrzeni ostatniego półwiecza regulacji w przedmiocie uprawnień budowlanych, nie są ograniczone dokładnie takim zakresie jaki określa odesłanie do aktualnych regulacji, a ponadto pozwalają i uprawniają na kierowanie takimi robotami, których kierowanie dany opis warunku zakładał. W tym kontekście, uwzględniając postulat interpretacji treści warunku przez jego związek z przedmiotem zamówienia (wynikający z art.

22 ust. 4 Pzp) wprost stwierdzić należy, iż za spełniające warunek zamawiającego winny być uznane osoby posiadające uprawnienia budowlane we wskazanym przez zamawiającego zakresie umożliwiające wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia. Uprawnienia wydane pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów winny być „bez ograniczeń” w zakresie przez te przepisy określonym, natomiast uprawnienia wydane uprzednio mogą zawierać jakiegokolwiek ograniczenia występujące ówczasie w porządku prawno-administracyjnym pod warunkiem, że nie są to ograniczenia odpowiadające dokładnie ograniczeniom obecnym (kubaturowym), lub ograniczenia te nie są ograniczeniami uniemożliwiającymi posiadającej je osobie sprawowanie funkcji technicznych w budownictwie w zakresie wymaganym na danym przedmiocie zamówienia, czyli wykonywania prac, do których warunek powinien referować. Niecelowe jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadziłoby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów. Jedynym sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót. W ocenie Izby nie ulega żadnym wątpliwościom, iż uprawnienia budowlane p. Leszka Błażejewskiego wynikające z przedstawionej decyzji administracyjnej są uprawnieniami ograniczonymi do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, co wprost w treści tej decyzji zostało podane oraz nie może być interpretowane inaczej w świetle przepisu § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Fakt posiadania przez wyżej wymienionego średniego wykształcenia technicznego w chwili wydawania uprawnień jest bezsporny, natomiast użycie myślnika w zdaniu dotyczących zakresu uprawnień przesądza, iż ww. ograniczenia dotyczą całości wskazanych w pkt 1 decyzji uprawnień. Nie są to oczywiście ograniczenia w rozumieniu przepisów obowiązujących obecnie – są to ograniczenia zupełnie nieporównywalne i same przez się nie podpadają pod wyłączenie „bez ograniczeń”, którym posłużył się zamawiający. Jednakże uwzględniając powyżej wskazaną interpretację i znaczenie warunku udziału w postępowaniu, dla oceny czy wyżej wymieniony jest osobą opisowi warunku sformułowanemu w ogłoszeniu o zamówieniu odpowiadającą, ustalić należało czy jego uprawnienia budowlane, w szczególności ich zakres, pozwalają na kierowanie robotami objętymi niniejszym przedmiotem zamówienia”.

(vide: wyrok KIO z dnia 8 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1322/11, KIO 333/11).

Podsumowując, Izba uznała za bezcelowe wzywanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, celem ustalenia, czy nie zachodzi przesłanka wykluczenia opisana w przytoczonym powyżej przepisie.

II.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się zaniechania przez zamawiającego do wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, że Konsorcjum dysponuje opłaconą polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 10 000 000,00 złotych. Biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie Izba stanęła na stanowisku, że zgłoszony zarzut należy uznać za niepotwierdzony.

Zgodnie z rozdział IV pkt 1.4 lit. c) siwz za spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający uważał, gdy wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 10 000 000,00 złotych. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli przedstawić opłaconą polisę od odpowiedzialności cywilnej, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 10 000 000,00 zł. (rozdział V pkt 7 siwz)

Konsorcjum w złożonej ofercie przedstawiło dwie polisy w zakresie odpowiedzialności cywilnej, tj.:

- polisa nr 0361004934 wystawiona przez Chartis Europe Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, gdzie jako ubezpieczającego wskazano Block Sp. z o.o. w Warszawie. Polisa opiewa na sumę ubezpieczeniową 500 tys. zł. (str. 111-114 oferty) W treści polisy podano „Składka stała: Zgodnie z rachunkiem”. Na str. 115 oferty Konsorcjum znajduje się dokument o nazwie „Potwierdzenie wykonania operacji” w treści którego podano: szczegóły operacji „Data księgowania 03.12.2012 16:59:32”, „Tytuł operacji: opłata polisy nr 0361004934”, „Kwota: 9 000,00 PLN”
- polisa (str. 116 – 125 oferty) wystawiona dla Block a.s. w Pradze, wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski, opiewa na 60 mln czeskich koron i oznaczono w niej wysokość składki na 426.348 CZK oraz wysokość rat i terminy ich

płatności. Na stronie 126 i 127 oferty Konsorcjum znajduje się potwierdzenie opłacenia ww. polisy wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski w zakresie wymaganej składki.

Rozpoznanie powyższego zarzutu wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy biorąc pod uwagę, że w treści polisy wystawionej na rzecz Block Sp. z o.o. w Warszawie, w której podano informacje na temat składki stałej „zgodnie z rachunkiem” i załączenie do złożonej oferty dokumentu potwierdzającego zapłatę kwoty 9 000,00 zł, jest wystarczającą przesłanką do uznania, że ww. dokumenty budzą wątpliwości w zakresie prawidłowego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego ? Na tak zadane pytanie zdaniem Izby należy odpowiedzieć przecząco.

Badając zasadność zgłoszonego zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że dokumenty przedstawione przez Konsorcjum i opisane powyżej są wystarczające do uznania, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku opisanego w rozdziale IV pkt 1.4 lit c) siwz. Posłużenie się w treści polisy nr 0361004934 określeniem, że składka stała: „zgodnie z rachunkiem” a następnie przedstawienie dokumentu potwierdzenie wykonania operacji przelewu ma kwotę 9 000,00 zł w ocenie Izby nie stanowi okoliczności, która mogłaby budzić uzasadnione wątpliwości po stronie zamawiającego w kwestii zaniechania prawidłowego opłacenia polisy. Zdaniem Izby na podstawie przedstawionych dokumentów zawartych w ofercie przystępującego zamawiający nie miał podstaw do tego aby obawiać się o to, że opisana powyżej polisa nie jest opłacona w całości. Zgodzić się należy z przystępującym, że ubezpieczyciele korzystają z opracowanych przez siebie wzorów, na które podmioty współpracujące z nimi nie zawsze mają wpływ. Jednak pokreślić należy, że w treści potwierdzenia przelewu złożonego przez przystępującego wprost wskazano, że opłata dotyczy polisy nr 0361004934 jak również, że brak jest w nim wskazania, że powyższa opłata dotyczy jedynie części polisy. Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że nie wystąpiła przesłanka uzasadniająca wystąpienie przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do Konsorcjum o wyjaśnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu opisanego w w rozdziale IV pkt 1.4 lit c) siwz.

Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że dokumenty złożone przez przystępującego w toku rozprawy, tj.:

- rachunek nr 1390660001 z dnia 21 listopada 2012 r. wystawiony przez Block Sp. z o.o. na kwotę 9 000 PLN,
- oświadczenie AIG Limited Spółka z o.o. Oddział w Polsce, że składka za polisę nr 0361004934 została opłacona w pełnej wysokości,

potwierdzają, że Konsorcjum spełnia opisany powyżej warunek udziału w postępowaniu.

III.

Kolejny zarzut, który podlegał rozpoznaniu Izby to zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla osoby składającej ofertę z ramienia wykonawcy. Uwzględniając dokumentację zgromadzoną w sprawie, przedłożone dowody oraz wyjaśnienia zamawiającego oraz przystępującego Izba doszła do przekonania, że zgłoszony zarzut należy uznać za bezzasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający w siwz w rozdziale V w pkt 9 i 10 siwz podał, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 1 - 3 ustawy. W powyższym przypadku wykonawcy winni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu lub do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy.

Oferta Konsorcjum zawiera na stronie 11 zawiera dokument pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013 r., z którego wynika, że konsorcjum jako pełnomocnika ustanawia firmę Block Sp. z o.o. Dokument pełnomocnictwa został opatrzony pieczęciami firmowymi firm, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia: Block Sp. z o.o. oraz Block a.s.. Pełnomocnictwo zawiera także trzy nieczytelne podpisy, po którymi znajdują się następujące adnotacje: Block Sp. z o.o. Grzegorz Bierzyński – Prezes Zarządu, Block a.s. Ales Kovarik – Członek Zarządu, Rudolf Limbesky – Członek Zarządu.

Do złożonej oferty dołączono odpis z rejestru handlowego prowadzonego przez Sąd Miejski w Pradze, wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski - ważny na dzień 24 kwietnia 2013 r. Zgodnie z zasadą reprezentacji ujawnioną w rejestrze Block a.s. w imieniu spółki Block a.s. zawsze występuje minimum dwóch członków zarządu. Składanie podpisów w imieniu spółki odbywa się tak, że do nadruku, odbicia lub wpisu firmy spółki dołącza swój podpis własnoręczny dwóch członków zarządu (str. 90 i 91 oferty). Z dołączonego do oferty odpisu z rejestru handlowego spółki Block a.s. wynika, że jej członkiem zarządu jest m. in. Ales Kovarik i Rudolf Limbersky.

Izba, rozpoznając zarzut w zakresie prawidłowości podpisu Pana Rudolfa Limbersky - jednego z członków zarządu Block a.s. stanęła na stanowisku, że pełnomocnictwo złożone przez Konsorcjum jest prawidłowe. Nie budzi wątpliwości Izby, że Pan Rudolf Limbersky jest osobą, która jest uprawniona do reprezentowania spółki Block a.s., wynika to wprost z dokumentów rejestrowych spółki znajdujących się w ofercie przystępującego. Nie było także sporu między stronami co do formy składania podpisów w imieniu spółki, które odbywa się

tak, że do nadruku, odbicia lub wpisu firmy spółki dołącza swój podpis własnoręczny dwóch członków zarządu.

Analiza całokształtu dokumentów zawartych w ofercie, w tym przede wszystkim zawartego na stronie 14 oferty Konsorcjum (oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) dowodzi, że podpis złożony na dokumencie pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013 r. należy do Pana Rudolfa Libersky, który bez wątpienia jest osobą uprawnioną do występowania w imieniu spółki Block a.s. Natomiast znajdujący się pod podpisem dopisek „Lumbesky” należy traktować jako zwykłą omyłkę pisarską.

Zgodzić się należy z zamawiający, że składanie podpisów w imieniu spółki odbywa się tak, że do nadruku, odbicia lub wpisu firmy spółki dołącza swój podpis własnoręczny dwóch członków zarządu. Wobec tego za prawidłowe należy uznać pełnomocnictwo które zawiera pieczęć firmową oraz własnoręczne podpisy dwóch członków zarządu uprawnionych do reprezentowania spółki. Natomiast w oznaczeniu nazwiska litery „r” stanowi jedynie nieistotna omyłkę, która nie może stanowić o nieprawidłowości złożonego pełnomocnictwa. Zasadność powyższego rozumowania dodatkowo, potwierdza również złożone przez przystępującego oświadczenie z dnia 9 września 2013 r. w zakresie poprawności pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013 r. dla lidera Konsorcjum – Block Sp. z o.o.

Tym samym Izba uznała, że nie ma podstaw do stosowania przez zamawiającego procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp, nie mówiąc już o konieczności odrzucenia oferty przystępującego i oddaliła zarzuty odwołującego w powyższym zakresie.

IV.

Rozpoznaniu Izby podlegał również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, polegający na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Izba uznała zgłoszony zarzut za chybiony.

Izba ustaliła, że w rozdziale V w pkt. 1.7 siwz zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Zamawiający podał, że wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że przystępujący w złożonej ofercie skorzystał z doświadczenia firmy Unistav i dołączył do oferty pisemne zobowiązanie tego podmiotu (str. 306 oferty), które zawiera podpis. Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum do uzupełnienia, na okoliczność złożenia przez wykonawcę zobowiązania spółki Unistav a.s. z siedzibą w Czechach dokumentów dotyczących, w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu Unistav a.s.,
- sposobu wykorzystania zasobów podmiotu spółki Unistav a.s. przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem spółką Unistav a.s.,
- zakresu i okresu udziału spółki Unistav a.s. przy wykonaniu zamówienia.

Wraz z pismem z dnia 9 sierpnia 2013 r. Konsorcjum przekazało oświadczenie firmy Unistav a.s., które zostało opatrzone pieczęcią firmową oraz tożsamym podpisem jak w pierwotnym zobowiązaniu, AT akże szereg dokumentów, m. in. odpis z rejestru handlowego prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Brnie z danymi na dzień 17 czerwca 2013 r. wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski. W odpisie z rejestru jako Prezesa Zarządu wskazano Miroslav Fris. Sposób reprezentacji określono w rejestrze następująco: „w imieniu spółki występuje na zewnątrz prezes zarządu i w okresie jego nieobecności wiceprezes zarządu lub członek zarządu. Składanie podpisów w imieniu spółki odbywa się tak, iż do nadrukowanej, odbitej lub wpisanej firmy spółki dołącza swój podpis prezes zarządu lub wiceprezes zarządu bądź członek zarządu”.

Zgodnie z art. 26 ust 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Biorąc pod uwagę treść powyższego przepisu wskazać należy, że w sytuacji korzystania przez wykonawcę z potencjału innego podmiotu wykonawca jest zobowiązany do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a zamawiający winien ocenić, czy przedstawione przez wykonawcę dowody są wiarygodne i wystarczające.

W omawianym przypadku zamawiający stwierdził, że Konsorcjum udowodniło niezbicie, że będzie dysponował zasobami spółki Unistav s.a wskazując, że podpis pod pierwotnym zobowiązaniem, jak również pod oświadczeniem złożonym na żądanie zamawiającego, jest właściwy i niewątpliwie należy do prezesa spółki Pana Miroslava Fris. Zdaniem zamawiającego pod ten jest złożony odręcznie w sposób czytelny i pozwala na pełną identyfikację, gdyż zawiera inicjał imienia i pełen zapis nazwiska osoby, tj. Fris. Ponadto przedstawione przez przystępującego w toku rozprawy dowody w postaci odpisu z rejestru handlowego firmy Unistav a.s., prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Brnie wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski oraz z notarialnym poświadczeniem własnoręcznego podpisu Pana Miroslav Fris, potwierdzają prawidłowość postępowania zamawiającego, który uznał podpisy złożone pod jednym jak i drugim dokumentem pochodzącym od Unistav a.s. za właściwe.

Izba wskazuje, że odwołujący poza własnymi twierdzeniami, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie własnych twierdzeń, podczas gdy zgodnie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bezwątpienia postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Tym samym Izba uznała zgłoszony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z prowadzonego postępowania za chybiony.

1. Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, polegający na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. W omawianym zakresie Izba stanęła na stanowisku, że zgłoszony zarzut należy uznać za co najmniej przedwczesny.

Nie było spornym między stronami, że w wykazie wykonanych robót budowlanych złożonym wraz z ofertą (str. 289-290) Konsorcjum posłużyło się doświadczeniem firmy Unistav a.s.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2013 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zwrócił się do przystępującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych robót budowlanych.

Pismem z dnia z dnia 7 sierpnia 2013 r. Konsorcjum złożyło stosowne wyjaśnienia oraz z własnej inicjatywy dokonało zmiany w wykazie robót w pozycji nr 2 poprzez zastąpienie budowy nowego pawilonu (...) budową Centrum Handlowo- Rozrywkowego Czestlice – Aquapark w Pradze, która była wykonywana przez firmę Unistav a.s. Do wykazu załączono m.in. list referencyjny potwierdzający należyte wykonanie robót wraz z tłumaczeniem z języka czeskiego na język polski.

Nie było spornym między stronami, że referencje firmy Unistav s.a. zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Block Sp. z o.o.

Zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust

2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Izba wskazuje, że odniesieniu do powyższego aktualny pozostaje pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 12 maja 2011r., sygn. akt: KIO 786/11 KIO 797/11, w którym Izba stwierdziła, że „redakcja przepisu nie pozostawia wątpliwości, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczone wyłącznie przez te osoby. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę sformułowania „odpowiednio”, co zdaniem Izby wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu”.

W ustaleń Izby wynika, że przystępujący w omawianym zakresie nie był wzywany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Izba prezentuje pogląd, że samodzielne przedstawienie przez przystępującego nowego wykazu robót budowlanych wraz z referencjami przed nie zwalania zamawiającego z zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślić należy, że ustawodawca jasno wskazał, że każdorazowo w takiej sytuacji zamawiający w oparciu o podany powyżej przepis jest zobligowany do skierowania wezwania do wykonawcy. Skoro zatem zamawiający nie wystosował takiego wezwania do przystępującego - co zostało stwierdzone w toku rozprawy przed Izbą, to Izba nakazała zamawiającemu wezwanie Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót wskazanych w pkt 2 i 3 wykazu wykonanych robót budowlanych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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).



Przewodniczący:

Izba Dłonie

Na oryginalnie wia ~~tych~~ podpisaj.
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

Paweł Trojan
Paweł Trojan