

WYROK

z dnia 4 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 18 oraz Aldesa Construcciones S.A., Bahía de Pollensa 13; 28042 Madryt, Hiszpania w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Gliwicach (44-100), ul. Kościuszki 15**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Coprosa Polska sp. z o.o. w Warszawie (00-697), Al. Jerozolimskie 65/79 lok. P.19, Construcciones Y Promociones Coprosa S.A., c/ Dr Alfredo Martinez, no. 6-5, 33005 Oviedo, Hiszpania oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Skobud sp. z o.o. w Żywcu (34-300), ul. Kazimierza Tetmajera 89b zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Sądowi Okręgowemu w Gliwicach (44-100), ul. Kościuszki 15 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Coprosa Polska sp. z o.o. w Warszawie (00-697), Al. Jerozolimskie 65/79 lok. P.19, Construcciones Y Promociones Coprosa S.A., c/ Dr Alfredo Martinez, no. 6-5, 33005 Oviedo, Hiszpania oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Skobud sp. z o.o. w Żywcu (34-300), ul. Kazimierza Tetmajera 89b do uzupełnienia dokumentów i**

Wpłynęło dnia: 18/11/13.....

Kopia do:

oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Sąd Okręgowy w Gliwicach (44-100), ul. Kościuszki 15 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 18 oraz Aldesa Construcciones S.A., Bahía de Pollensa 13; 28042 Madryt, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Sądu Okręgowego w Gliwicach (44-100), ul. Kościuszki 15 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 18 oraz Aldesa Construcciones S.A., Bahía de Pollensa 13; 28042 Madryt, Hiszpania Solec-Zdrój kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:



[Handwritten signature]

Ma być wyemitowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

[Handwritten signature]
Paweł Trojan

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego Rudzie Śląskiej przy ul. Bukowej” zostało wszczęte przez Sąd Okręgowy w Gliwicach, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 139-240535) w dniu 19 lipca 2013 r.

W dniu 18 października 2013 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania konsorcjum Coprosa do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (dokumentów i oświadczeń mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) oraz 26 ust. 2d ustawy Pzp, co stanowiło, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Doprowadzić to miało w konsekwencji do „naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i art. 24b ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej”.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wezwanie konsorcjum Coprosa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, a w przypadku braku uzupełnienia – wykluczenia z udziału w postępowaniu tegoż wykonawcy.

Pismem, doręczonym w dniu 21 października 2013 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Coprosa Polska sp. z o.o., Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Skobud sp. z o.o., zwani dalej łącznie Przystępującym, doręczyli Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone w toku rozprawy.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt V.1.2.a Działu 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - Instrukcji dla Wykonawców (IdW) Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się wykonaniem co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie budynku lub zespołu budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o wartości co najmniej 38 000 000,00 zł brutto oraz o powierzchni netto budynku lub zespołu budynków minimum 5 000 m² dla każdej wymaganej roboty. Jak wskazano to w pkt VI.1.2.a IdW, wykonawcy byli zobowiązani przedstawić wykaz wykonanych robót wraz z załączeniem „dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wymagał, zgodnie z pkt V.1.3.b IdW, wskazania do kierowania wyznaczonymi robotami, m.in. osoby posiadającej uprawnienia budowlane w specjalności drogowej, a także, zgodnie z pkt V.1.3.c IdW, osoby posiadającej m.in. „co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, podczas wykonywania którego kierował co najmniej 2 robotami budowlanymi polegającymi

na budowie budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o łącznej powierzchni netto budynku minimum 5 000 m²". Odnosząc się do tak postawionych wymogów, Zamawiający w pkt VI.1.2.c IdW wykazał przedstawienia mu wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zastrzegł przy tym, że w wykazie „należy wymienić informacje zgodnie z wymaganiami Zamawiającego” przywołując przy tym treść pkt V.1.3.b i c IdW.

Zgodnie z VI.4.1 IdW Zamawiający wymagał przedstawienia mu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp albo też informacji o tym, że wykonawca do takiej grupy nie należy.

Przed upływem terminu składania ofert ośmiu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący wraz z własną ofertą przedstawił Zamawiającemu m.in. wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W pierwszym z tych wykazów, jako na jedną z dwóch robót budowlanych mających potwierdzać posiadanie wiedzy i doświadczenia wskazał na budowę siedziby spółki Polski Koks S.A. Na potwierdzenie odpowiedniego wykonania powołanej roboty, wykonawca na stronach od 17 do 23 oferty przedstawił „Końcowy protokół odbioru budowy” z dnia 22 marca 2013 r., oraz sporządzony w tym samym dniu: „Protokół końcowego przekazania i przyjęcia przedmiotu umowy”.

Na stronach od 25 do 30 zawarty został wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W wykazie tym do pełnienia funkcji kierownika budowy wyznaczony został Maciej Boratyński, zaś na kierownika robót drogowych wyznaczono Mariana Majerskiego.

Na stronach od 121 i 122 oferty zawarta została lista grupy kapitałowej – Grupa Coprosa, zaś na str. 124 oferty przedstawiona została lista podmiotów powiązanych z Przedsiębiorstwem Budownictwa Ogólnego Skobud sp. z o.o.

Zamawiający, po przeprowadzeniu badania oferty złożonej przez Przystępującego uznał, iż wykonawca ten w sposób wystarczający wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uwzględniając m.in. tak poczynione ustalenia, Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą.

Wobec tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie. Wywodził on, iż Zamawiający badając oświadczenia i dokumenty złożone wraz z ofertą złożoną przez Przystępującego dopuścił się

nieprawidłowości, które rzutować mogą na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Twierdził on, iż nie zostało właściwie udokumentowane, aby jedna z dwóch wykazanych przez Przystępującego robót budowlanych (budowa siedziby Spółki Polski Koks S.A.) została wykonana należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Potwierdzać to miało przywołanie w przedstawionym Zamawiającemu końcowym protokole odbioru 6 protokołów wad i niezgodności, które mimo tego, że stanowiły załączniki do końcowego protokołu nie zostały wraz z nim przedstawione Zamawiającemu. Tym samym dokumentu tego nie można uznać za komplety, a zatem poświadczający w sposób wystarczający należyte wykonanie i prawidłowe ukończenie wykazywanej roboty. W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący uznając argumentację strony przeciwnej, przyznał, iż kwestionowany przez niego końcowy protokół odbioru w sposób dostateczny potwierdza wykonanie roboty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Konsekwencją tego oświadczenia było zawężenie granic podnoszonego zarzutu.

W odniesieniu do potencjału kadrowego wykazywanego przez Przystępującego Odwołujący twierdził, iż osoba wskazana do pełnienia stanowiska kierownika robót drogowych nie legitymuje się właściwymi, wymaganymi w SIWZ, uprawnieniami budowlanymi. W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący wycofał ten zarzut. Niezależnie od tego, zarzucał on Przystępującemu, iż nie przedstawił wraz z ofertą wykazu osób, z którego wynikałoby, że Maciej Boratyński wskazany do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada co najmniej pięcioletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Stanu takiego, jego zdaniem, nie potwierdzało oświadczenie o treści „*okres doświadczenia (po uzyskaniu uprawnień) 28 lat*”.

Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu, iż ten w sposób nieuprawniony zignorował to, że wraz z ofertą Przystępującego nie przedstawiono listy podmiotów należących do grupy kapitałowej dla jednego z konsorcjantów: Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. Jak twierdził, „*nie można wykluczyć okoliczności, iż spółka ta wchodzi w skład innej/większej grupy kapitałowej*”.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres rozpoznawanych zarzutów, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów, Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie, zasadnie bowiem Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie przedstawił wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, aby wskazana przez niego robota (budowa siedziby Spółki Polski Koks S.A.) została wykonana należycie i prawidłowo ukończona.

Z treści przedstawionego Zamawiającemu końcowego protokołu odbioru budowy z dnia 22 marca 2013 r. wynika, iż dokument ten nie jest kompletny. Powołuje się on w sposób wyraźny na sześć protokołów opisujących „wady i niezgodności ujawnione w trakcie prac podkomisji branżowych odbioru końcowego inwestycji”, które powinny stanowić „załączniki nr 2.1 – 2.6” do protokołu końcowego. Przedstawione Zamawiającemu dokumenty nie pozwalają stwierdzić, jakiego rodzaju wady i niezgodności zostały w trakcie odbioru ujawnione. W treści formularza protokołu wykreślono sformułowanie: „nie stwierdzono wad i niezgodności w wykonaniu robót stanowiących przedmiot odbioru” (pkt.V.1.a), a także treść przewidzianą w pkt V.2.a): „komisja odbioru postanawia odebrać roboty bez uwag”. Wnioskować z tego należy, iż komisja odbioru uznała, że wyrażenia te nie opisują należycie efektu roboty budowlanej podlegającej odbiorowi. W pkt V.2.b) protokołu końcowego wskazane zostało, że wykonane roboty zostały odebrane, a jednocześnie zastrzeżono, że zobowiązano też wykonawcę robót do usunięcia wad i niezgodności w wyznaczonym terminie. Nie przedstawiono Zamawiającemu dowodu potwierdzającego wypełnienie tego zobowiązania.

Obowiązkiem wykonawców było przedstawienie takich dokumentów lub oświadczeń, które potwierdzałyby spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jest to oczywiste w świetle regulacji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowiedzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

W rozpoznawanym przypadku wykazane zostało, iż Przystępujący nie złożył Zamawiającemu dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że jedna z wykazywanych przez niego robót budowlanych została należycie wykonana i prawidłowo ukończona.

W świetle orzecznictwa zapadłego na gruncie kodeksowej regulacji umowy o roboty budowlane uznać należy, iż jeżeli w toku odbioru roboty budowlanej nie wystąpią wady istotne, pozwalające uznać, że powierzona wykonawcy robota budowlana nie została w ogóle wykonana, obowiązkiem inwestora wykonane już roboty, choćby nienależycie wykonane, odebrać. Tak też Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 2135/12: „strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić przeprowadzenia odbioru robot i wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robot budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru na podstawie art. 647 k.c. (tak wyrok SN z dnia 8 stycznia 2004 r., sygn. I CK 24/03, publ.). Nawet stwierdzenie istnienia nieistotnych wad robot (a więc usterek) nie rodzi uprawnienia do odmowy dokonania odbioru robot. Jak stwierdził SA w Katowicach w wyroku z dnia 30 marca 2006 r. (sygn. I ACa 1900/05) wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. Wynika z tego, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robot i zgłoszenia ich do odbioru po stronie Inwestora pozostanie obowiązek odbioru robot i zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone usterek (wady nieistotne). W takim przypadku Inwestor powinien dokonać odbioru zgłoszonych robot, a w treści protokołu powinny zostać zapisane ustalenia co do zakresu wykonanych robot, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (wyrok SN z 5 marca 1997 r. II CKN 28/97; też wyrok SN z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. V CSK 99/07, publ. OSP 2009/1/7). <<O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robot lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robot budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robot zgodnie z art. 647 k.c., a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.” (tak wyrok SA w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. V ACa 88/2009, OSA 2010/8/58-70, LEX nr 523881).>>”

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż w rozpoznawanej sprawie sam fakt podpisania przez strony umowy o roboty budowlane końcowego protokołu odbioru z dnia 22 marca 2013 r. nie może zostać uznany za potwierdzenie należytego wykonania roboty i prawidłowego jej ukończenia. W treści tegoż protokołu zawarte zostały bowiem zastrzeżenia co do prawidłowego wykonania prac – w każdym z sześciu pakietów, na jakie została

podzielona cała robota, ustalono zaistnienie wad i niezgodności. Dlatego też, mając na uwadze to, że przedstawione zamawiającemu dokumenty i oświadczenia powinny w sposób wyczerpujący potwierdzać wszystkie wymagania stawiane wykonawcom w SIWZ, Izba uznała, że Zamawiający nie wzywając Przystępującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów lub oświadczeń w zakresie tu omówionym dopuścić się naruszenia powołanego przepisu, ta okoliczność z kolei mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

Podobnie w odniesieniu do zarzutu podnoszonego w kontekście oceny wykazania przez Przystępującego spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie kierownika budowy, Izba uznała, że zasługuje on na uwzględnienie. Jak to już zostało wskazane, to na wykonawcy spoczywa ciężar dowiedzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku. Zamawiający w pkt VI.1.2.c) IdW wymagał, aby w przedstawionym mu wykazie osób wymienić informacje wymagane w pkt V.1.3.b i c IdW. W przywołanym pkt V.1.3.c IdW wobec osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy postawiono wymaganie posiadania co najmniej pięcioletniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. W przedstawionym Zamawiającemu wraz z ofertą Przystępującego wykazie osób wskazano, że Maciej Boratyński legitymuje się dwudziestoosmioletnim doświadczeniem zawodowym po uzyskaniu uprawnień. Nie wskazano jednak, przez jaki okres w ciągu tych lat pełnił on funkcję kierownika budowy. Zasadnie zatem podnosił Odwołujący, iż nie zostało wykazane, aby wskazana osoba posiadała minimalne doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Nie podlega bowiem wątpliwości, że osoba posiadająca uprawnienia budowlane, doświadczenie zawodowe nabywać mogła pracując chociażby w charakterze kierownika robót odpowiedniej branży lub też na innych stanowiskach, których nie można uznać za tożsame ze wskazanym w warunku stanowiskiem kierownika budowy (wyraźnie przez Zamawiającego dookreślonym i znajdującym oparcie – zdefiniowanym – w przepisach prawa). W świetle cytowanych zapisów SIWZ wystarczającym byłoby zawarcie w wykazie osób oświadczenia wykonawcy o odpowiedniej treści – Zamawiający nie wymagał, aby pełen pięcioletni okres doświadczenia został udokumentowany wykazem prac w tym czasie wykonanych. W przedstawionym przez Przystępującego wykazie osób brak takiego wyraźnego oświadczenia. Co istotne wykonawca ten w powołanym wykazie rozróżnił doświadczenie w kierowaniu budową (wskazał w tym kontekście trzy roboty, których okresy realizacji są łącznie krótsze niż minimalny wymagany okres 5 lat) od doświadczenia nabytego po uzyskaniu uprawnień. Brak zatem podstaw dla uznania, że zostało wykazane, aby Maciej

Boratyński posiadał co najmniej pięcioletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Nie można bowiem, jak to już zostało wskazane, utożsamiać pojęcia doświadczenia zawodowego nabytego po uzyskaniu uprawnień budowlanych z pełnieniem funkcji kierownika budowy. Tymczasem przedstawione zamawiającemu dokumenty i oświadczenia powinny w sposób wyczerpujący potwierdzać wszystkie wymagania stawiane wykonawcom w SIWZ. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że Zamawiający nie wzywając Przystępującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów lub oświadczeń w zakresie tu omówionym dopuścił się naruszenia powołanego przepisu, ta okoliczność z kolei mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej dla jednego z konsorcjantów: Construcciones Y Promociones Coprosa S.A., a konsekwencji zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż zarzut ten się nie potwierdził.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż Odwołujący, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu nie przedstawił dowodów na poparcie własnych twierdzeń. Co równie ważne nie kwestionował on prawidłowości czy też kompletności przedstawionej na stronach 121 i 122 listy podmiotów należących do grupy kapitałowej „Grupo Coprosa”. Lista ta wskazywała na jednego z konsorcjantów: Construcciones Y Promociones Coprosa S.A., jako na podmiot, który jest „udziałowcem/właścicielem pozostałych firm należących do Grupo Coprosa”. Drugi z konsorcjantów, Coprosa Polska sp. z o.o., został ujawniony na tejże liście, jako podmiot, w którym Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. posiada 100% udziałów. Zgodnie z art. 4 pkt 14) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przed jednym przedsiębiorcą, w tym również tego przedsiębiorcę. Wynika z tego, że na przedstawianej Zamawiającemu zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, powinny znaleźć się wszystkie podmioty należące do tej grupy, a zatem przedsiębiorca dominujący wraz ze wszystkimi przedsiębiorcami, którzy w sposób bezpośredni lub pośredni są przez niego kontrolowani. Mając to na uwadze, za nieuzasadnione i nie poparte żadnymi dowodami uznać należy twierdzenie Odwołującego, iż Przystępujący powinien przedstawić odrębną listę dla podmiotu Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. Jak to zostało wskazane, z przedstawionej wraz z ofertą Przystępującego listy wynika, iż podmiot ten jest przedsiębiorcą dominującym

w grupie kapitałowej „Grupa Coprosa”, a zatem należy do tej samej grupy co drugi z konsorcjantów: Coprosa Polska sp. z o.o. Wystarczającym dla wypełnienia obowiązków nałożonych na wykonawców przepisami prawa było przedstawienie Zamawiającemu jednego egzemplarza listy podmiotów należących do grupy kapitałowej „Grupa Coprosa”. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała podnoszone przez Odwołującego w tym zakresie zarzuty za niezasługujące na uwzględnienie. Na marginesie zauważyć przy tym należy, iż w świetle przywoływanego art. 26 ust. 2d ustawy Pzp wykonawcy są zobowiązani przedstawić zamawiającemu listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację, że do takiej grupy nie należy. Stąd też w rozpoznawanym przypadku wystarczającym było przedstawienie jednej listy obejmującej dwóch konsorcjantów. Nadmiernym rygoryzmem ze strony Zamawiającego byłoby żądanie przedstawienia mu tylu egzemplarzy tej samej listy, ile podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej złożyło mu wspólną ofertę. Stąd też argumentacja Odwołującego zmierzająca w tym kierunku nie mogła zostać uznana za zasługującą na uznanie.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.



[Handwritten signature]

Na oryginale widoczne podpisy.
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

[Handwritten signature]
Pawel Trojan