

Sygn. akt: KIO 1325/10

WYROK
z dnia 12 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Bibliotekę Raczyńskich, 61-739 Poznań, pl. Wolności 19,**

przy udziale **Konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S. A., MASTER Emil Borys Sp. j., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Bibliotekę Raczyńskich, 61-739 Poznań, pl. Wolności 19

i nakazuje:

1)zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1,

2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego - **Biblioteka Raczyńskich, 61-739 Poznań, pl. Wolności 19** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed KIO.

Pouczenie:

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione (data wpływu 28.06.2010r.) przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie - Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku [Odwołujący]w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych p.n. „Rozbudowa Biblioteki Raczyńskich w Poznaniu” na czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu - Biblioteka Raczyńskich w Poznaniu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2010 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759)[dalej ustawa PZP]:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POLIMEX pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji co do podstaw dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) art. 7 ust. 3 w zw. z art.22 ust. 1 pkt.4 Pzp oraz art. 52 ust.2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum POLIMEX, do której na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej załączono rachunki zysków i strat niepodpisane przez zobowiązanych do tego ustawowo członków organu zarządzającego oraz upoważnionego pracownika księgowości wykonawcy, w konsekwencji czego wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób wymagany przez Zamawiającego w SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 3 w zw. z art.22 ust. 1 pkt.4 Pzp w zw. z art. 65 ust. 7 ustawy o rachunkowości poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum POLIMEX, do której na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej załączono opinie niezależnego biegłego rewidenta na temat sprawozdania finansowego wykonawcy za lata 2007 - 2008 niepodpisane przez kluczowego biegłego rewidenta, w konsekwencji czego wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób wymagany przez Zamawiającego w SIWZ;

- 4) art. 7 ust. 3 w zw. z art.22 ust. 1 pkt.3 w zw. z art. 26 ust.2b Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum POLIMEX, które nie wykazało spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż nie udowodniło dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie osób zdolnych do jego wykonania (kierownik robót budowlanych przy zabytkach nieruchomości), jako że przedstawiono pisemne zobowiązanie podmiotu nieuprawnionego do składania w imieniu Pana Marcina Piórkowskiego oświadczenia o oddaniu Konsorcjum POLIMEX do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia;
 - 5) art. 7 ust. 3 w zw. z art.22 ust. 1 pkt.2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych na obiekcie zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków;
 - 6) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do Konsorcjum POLIMEX i brak wezwania do dokonania stosownych uzupełnień i złożenia wyjaśnień;
 - 7) art.89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów powszechnie obowiązujących wymienionych w treści niniejszego odwołania. W wyniku tego Zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę konsorcjum firm: Polimex - Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie i MASTER Emil Borys Sp. j. z siedzibą w miejscowości Wysokie Mazowieckie jako najkorzystniejszą. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Polimex - Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie i MASTER Emil Borys Sp. j. z siedzibą w miejscowości Wysokie Mazowieckie oraz nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert, nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum POLIMEX z postępowania, jako że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku gdyby Izba stwierdziła brak podstaw do wykluczenia tych wykonawców przed zastosowaniem obligatoryjnego trybu wyjaśnień i uzupełnień, o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum POLIMEX w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do dokonania uzupełnień dokumentów złożonych wraz z ofertą i złożenia stosownych wyjaśnień w celu jednoznacznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w ustawie i

SIWZ oraz prawdziwości złożonych informacji, a w przypadku braku takiego wykazania wykluczenie Konsorcjum POLIMEX z postępowania. Wniósł także o przyznanie Odwołującemu, kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu. W uzasadnieniu odwołania podał, że oferta Konsorcjum POLIMEX nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dział 9 ust.1siwz) oraz przepisach prawa, albowiem Konsorcjum:

1. w zakresie pkt 4 lit. a siwz - nie przedłożyło prawidłowo sporządzonego rachunku zysków i strat za lata 2006 - 2008. Zgodnie z działem 9 SIWZ - „Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu zarzutu podał, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał osiągnięcie w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, średnich rocznych przychodów netto ze sprzedaży w kwocie minimum 60.000.000 PLN. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć - część sprawozdania finansowego w postaci rachunku zysków i strat (a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanej części sprawozdania w postaci zysków i strat) (...)” Zgodnie z w/w postanowieniem SIWZ wykonawca obowiązany był przedstawić rachunek zysków i strat w formie przewidzianej przepisami prawa wraz z opinią biegłego rewidenta nt. sprawozdania finansowego. Konsorcjum POLIMEX nie spełniło tego warunku. Załączone do jego oferty rachunki zysków i strat nie zostały sporządzone zgodnie z ustawą o rachunkowości i jako takie nie mogą zostać uznane za dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 52 ustawy o rachunkowości „Kierownik jednostki zapewnia sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego i przedstawia je właściwym organom, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, postanowieniami statutu lub umowy. Sprawozdanie finansowe podpisuje - podając zarazem datę podpisu - osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownik jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy - wszyscy członkowie tego organu. Odmowa podpisu wymaga pisemnego uzasadnienia dołączonego do sprawozdania finansowego”. Stosownie do art. 45 ust. 2 ustawy o rachunkowości rachunek zysków i strat jest integralną częścią sprawozdania finansowego i jako taki powinien zostać podpisany nie tylko przez osobę, która go sporządziła, ale

również przez wszystkich członków zarządu spółki. Bezwzględny obowiązek złożenia stosownych podpisów na rachunku zysków i strat podkreślają komentatorzy ustawy o rachunkowości. Zgodnie z opinią doktryny: „Sporządzone sprawozdanie finansowe (każdy z jego elementów) podpisuje osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, kierownik jednostki, a w przypadku kiedy jednostka posiada zarząd wieloosobowy każdy członek zarządu. Każdy podpis powinien zostać opatrzony datą jego złożenia Załączone przez Konsorcjum POLIMEX rachunki zysków i strat Polimex-Mostostal S.A. za lata 2006 - 2008 nie zostały opatrzone podpisami żadnej z w/w osób (nie tylko brakuje podpisów członków zarządu spółki, ale również podpisu księgowego sporządzającego sprawozdanie finansowe). Z tych powodów decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum POLIMEX powinna zostać unieważniona, jako, że wykonawcy ci nie przelożyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawcy zobowiązani byli także przedłożyć część sprawozdania finansowego w postaci rachunku zysków i strat (a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanej części sprawozdania w postaci zysków i strat). Konsorcjum POLIMEX załączyło do swojej oferty trzy opinie niezależnego biegłego rewidenta, odpowiednio nt. sprawozdania finansowego spółki Polimex-Mostostal S.A. za lata 2006, 2007 oraz 2008. Jednakże tylko opina na temat sprawozdania finansowego za rok 2006 została sporządzona prawidłowo, tj. została podpisana przez biegłego rewidenta. Zgodnie z art. 65 ust. 1 ustawy „Celem badania sprawozdania finansowego jest wyrażenie przez biegłego rewidenta pisemnej opinii wraz z raportem o tym, czy sprawozdanie finansowe jest zgodne z zastosowanymi zasadami (polityką) rachunkowości oraz czy rzetelnie i jasno przedstawia sytuację majątkową i finansową, jak też wynik finansowy badanej jednostki. Opinię i raport z badania sprawozdania finansowego podpisuje kluczowy biegły rewident przeprowadzający badanie. Powyższy przepis ust.7 ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem opinie biegłego rewidenta za rok 2007 i 2008 jakie przedstawił Polimex - Mostostal S.A. nie mogą zostać uznane za prawidłowe pod względem formalnym i tym samym nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu przez to Konsorcjum. Wykonawca nie przedłożył także rachunku zysku i strat za ostatnie trzy lata obrotowe, albowiem Polimex - Mostostal S.A. na potwierdzenie spełniania warunku przedłożył rachunki zysków i strat za lata 2006 -2008,

podczas gdy powinien przedłożyć rachunki zysków i strat za lata 2007 - 2009. Jako spółka notowana na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie Polimex - Mostostal S.A. poddany jest zaostrzonym procedurom sprawozdawczym, co skutkuje m.in. koniecznością przekazywania raportów rocznych w określonym odrębnymi przepisami terminie. Zgodnie z § 101 ust.9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim „Raport roczny i skonsolidowany raport roczny przekazuje się jednocześnie, w dniu określonym przez emitenta w raporcie bieżącym, o którym mowa w § 103, nie później niż cztery miesiące od dnia zakończenia roku obrotowego, którego dotyczy”. Zgodnie z powyższym uregulowaniem Polimex - Mostostal S.A. obowiązany był do dnia 30.04.2010 r. przekazać do informacji publicznej swój raport roczny za rok 2009, który zgodnie z § 91 w/w rozporządzenia zawiera co najmniej roczne sprawozdanie finansowe, sporządzone zgodnie z obowiązującymi zasadami rachunkowości i zbadane przez podmiot uprawniony do badania sprawozdań finansowych. To oznacza, zdaniem Odwołującego, iż wykonawca ten dysponował sprawozdaniem finansowym za rok 2009 i mógł tym samym załączyć rachunek zysków i strat za rok 2009 do oferty. Otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu miało miejsce w dniu 19.05.2010 r., tj. przeszło dwa tygodnie po terminie na przekazanie raportu rocznego. Z nieznanymi względów wykonawca Polimex - Mostostal S.A. nie załączył rachunku zysków i strat za rok 2009, mimo, iż Konsorcjum zobowiązane był do tego zgodnie z SIWZ. Zatem wykonawcy występujący wspólnie, których oferta została uznana za najkorzystniejszą uchybili postanowieniom regulującym warunki udziału w niniejszym postępowaniu określone w SIWZ.

2. w zakresie pkt 3 lit.b - nie potwierdziło spełnienia warunku wykazania się osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych oraz złożyło w tym zakresie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W celu wykazania się posiadaniem osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie kierownika robót budowlanych odpowiedzialnego za prowadzenie prac na zabytkach nieruchomych Konsorcjum POLIMEX skorzystało z art.26 ust.2b ustawy Pzp i do oferty załączyło zobowiązanie Ekoinbud sp. z o.o. z Gdańska z dnia 14.05.2010 r. do udostępnienia firmie Polimex - Mostostal S.A. podczas wykonywania zamówienia pn.: „Rozbudowa biblioteki Raczyńskich w Poznaniu” Pana Marcina

Piórkowskiego na stanowisko Kierownika robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych. Na podstawie w/w zobowiązania wykonawca dołączył tę osobę do wykazu personelu kluczowego konsorcjum. Tymczasem według informacji Odwołującego - Marcin Piórkowski nie jest zatrudniony przez Ekoinbud sp. z o.o., ani nie jest związany z tą firmą żadną stałą umową cywilnoprawną (w załączeniu przedstawił zaświadczenie z ewidencji działalności gospodarczej Marcina Piórkowskiego). Wedle wiedzy wykonawcy, zdobytej podczas licznych postępowań o udzielenie zamówień publicznych na terenie województwa pomorskiego, Marcin Piórkowski prowadzi działalność gospodarczą na własny rachunek oraz ryzyko i nie świadczy usług na wyłączność jakiegokolwiek podmiotu gospodarczego. Z uwagi na powyższe tylko on sam mógł złożyć zobowiązanie do udostępnienia swojej osoby na rzecz Polimex - Mostostal do celów realizacji niniejszego postępowania. Zobowiązania pochodzące od innego podmiotu należy uznać za niewiążące. W związku z powyższym nie sposób uznać, iż Polimex - Mostostal wykazał się posiadaniem Kierownika robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych, a tym samym, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w SIWZ. Wskazał także, że w wykazie personelu kluczowego Konsorcjum POLIMEX jako podstawę dysponowania osobą Pana Marcina Piórkowskiego wskazało umowę zlecenia, która w świetle faktu, iż zobowiązanie podpisała osoba trzecia nie mająca podstaw formalnych do składania takich oświadczeń w imieniu Pana Piórkowskiego, najprawdopodobniej taka umowa z Panem Piórkowskim zawarta nie została. Podkreśla także, że w treści zobowiązania jako jego adresata wskazano wyłącznie jednego z członków Konsorcjum (Polimex-Mostostal S.A.), podczas gdy drugi z wykonawców występujących wspólnie jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do Ekoinbud sp. z o.o., gdyż obie te spółki działają w branży konserwacji zabytków, a więc w przypadku posiadania przez Ekoinbud przed terminem składania ofert wiedzy na temat składu Konsorcjum takie zobowiązanie mogłoby nie zostać podpisane. W opinii Odwołującego w powyższym zakresie oferta Konsorcjum POLIMEX nie może już zostać skutecznie uzupełniona, bowiem w świetle art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Skoro więc na dzień składania ofert Konsorcjum POLIMEX dysponowało wyłącznie pisemnym zobowiązaniem

podmiotu nieuprawnionego (Ekoinbud sp. z o.o.), to nie jest prawdopodobne, aby dysponowało równoległe zobowiązaniem Pana Marcina Piórkowskiego.

3. w zakresie pkt 2 lit. a - nie wykazało, że posiada doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych na obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków. Konsorcjum POLIMEX w wykazie wykonanych robót wskazało dwie roboty budowlane: Centrum Handlowe „Galeria Sandecja” (wykonawca Polimex - Mostostal S.A.) oraz Muzeum Rolnictwa w Ciechanowcu (wykonawca MASTER Emil Borys Sp. j.). Z załączonych do wykazu robót referencji nie wynika, że jedna z robót wykonywana była na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków. W referencjach dotyczących robót budowlanych wykonywanych w Muzeum Rolnictwa w Ciechanowcu ich wystawca wskazał co prawda, że roboty wykonywane były pod nadzorem konserwatora zabytków, ale nie przedstawiono żadnego potwierdzenia, iż faktycznie obiekt ten jest wpisany do rejestru zabytków, podczas gdy literalnie taki wymóg postawił Zamawiający w wymienionych wyżej postanowieniach SIWZ odnoszących się do doświadczenia wykonawców. Z tego względu należy stwierdzić, iż Konsorcjum POLIMEX nie wykazało, że wykonywało roboty budowlane na obiektach wpisanych do rejestru zabytków. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami na terenie RP funkcjonują rejestry zabytków prowadzone przez wojewódzkich konserwatorów zabytków oraz samorządowe ewidencje obiektów zabytkowych, jak również inne formy ochrony i opieki nad zabytkami. Objęcie jedną z form ochrony przy jednoczesnym braku wpisu do wojewódzkiego rejestru zabytków nie będzie potwierdzało spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego. Zamawiający nie wezwał Konsorcjum POLIMEX do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, ani nie wezwał do uzupełnienia oferty. W jedynym wezwaniu z dnia 02.06.2010r. skierowanym do Konsorcjum POLIMEX Zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia czy cena zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W świetle przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego dokumentacji postępowania po udzielonych w dniu 11.06.2010 r. wyjaśnieniach Zamawiający nie kierował do Konsorcjum POLIMEX innych wezwań do składania wyjaśnień lub uzupełnień.

Z uwagi na przedstawione wyżej naruszenia SIWZ i powszechnie obowiązujących przepisów prawa Izba winna nakazać Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18.06.2010 r., dokonanie ponownej oceny i

badania ofert, a w konsekwencji wykluczenie Konsorcjum POLIMEX bądź wezwanie go do uzupełnienia dokumentów i złożenia stosownych wyjaśnień.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum reprezentowane przez Lidera Polimex-Mostostal S.A. Wykonawca przystępujący wniósł o oddalenie odwołania podając, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do sytuacji, w której pomimo dokonania zgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej i możliwości podpisania umowy Zamawiający zostałby zmuszony do ponownego wykonania określonych czynności, co byłoby zbędne i skutkowało bezcelowym wydłużeniem w czasie przedmiotowego postępowania. Oddalenie zaś wniesionego przez Odwołującego odwołania pozwoli przystępującemu na zawarcie umowy z Zamawiającym i zrealizowanie zamówienia. Mając na uwadze wskazany interes, niniejsze zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest uzasadnione i konieczne. W uzasadnieniu podał, że zarzuty są bezzasadne, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, by wykluczyć Przystępującego i odrzucić jego ofertę. Odnosząc się do zarzutów wykonawca oświadczył, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący spełniał i spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jest także w posiadaniu dokumentów, które powyższe bezsprzecznie poświadczają. Celem usunięcia wątpliwości Przystępujący załączył do przystąpienia prawidłowo sporządzone i podpisane rachunki zysków i strat za lata 2006 - 2008 r., jak również opinie biegłych rewidentów nt. sprawozdania finansowego Przystępującego za lata 2007-2008 r. Dodatkowo przedłożył sprawozdanie finansowe za rok 2009 r. W świetle powyższego Zamawiający dokonał zatem słusznej oceny co do spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu przedstawionych w SIWZ, a zatem o naruszeniu w/w przepisów nie może być mowy. W zakresie zarzutu dotyczącego prawidłowości zobowiązania spółki EKOINBUD do udostępnienia Pana Marcina Piórkowskiego i złożenia nieprawdziwych informacji, Przystępujący oświadczył, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego podniesiony przez niego zarzut. Twierdzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji zgodnie z obowiązującą wykładnią i orzecznictwem KIO powinny zostać udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości. Co do zarzutu, braku wykazania doświadczenia w wykonywaniu robót Przystępujący stwierdził, że do oferty załączono wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, a te w sposób wystarczający potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ na okoliczność potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia konieczne

było przedstawienie: oświadczenia o spełnianiu warunków oraz wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót. Zamawiający sformułował również pewne zalecenia co do zakresu informacji, jakie powinny zawierać referencje, listy polecające, itp., ale nawet wśród nich nie znalazł się zapis, że mają one wskazywać na jakieś dodatkowe potwierdzenie odnośnie wpisu obiektu do rejestru zabytków. Zdaniem wykonawcy, prawidłowo wypełniony wykaz, zawierający dwie roboty budowlane, odpowiadające wymogom SIWZ, oceniany łącznie z oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz poparty dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie każdej z robót (a wszystkie te dokumenty do oferty załączono), w stopniu wystarczającym poświadczają, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia został przez Przystępującego spełniony. Przystępujący nie miał obowiązku załączać żadnego dodatkowego dokumentu wskazującego wprost na wpis danego obiektu do rejestru. Podważanie przez Odwołującego referencji tylko dlatego, że „ich wystawca wskazał co prawda, że roboty wykonywane były pod nadzorem konserwatora zabytków, ale nie przedstawiono żadnego potwierdzenia, iż faktycznie obiekt ten jest wpisany do rejestru zabytków (...)” również jest bezzasadne, choćby ze względu na fakt, iż przyjmuje się, że referencje, czy listy polecające są dokumentami wystawionymi przez osoby trzecie i wykonawca najczęściej nie ma większego wpływu na ich treść, formę, zakres. Uznając zatem wiedzę i doświadczenie przystępującego jako odpowiadające wymogom, Zamawiający dokonał słusznej oceny spełniania tego warunku. Zdaniem przystępującego, Zamawiający nie miał podstaw, by zastosować wobec wykonawcy procedurę wezwania do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów. W przypadku dostarczenia wszystkich koniecznych dokumentów oraz faktu, iż potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu byłoby to działanie niezasadne, zbędne i prowadzące do niepotrzebnego wydłużenia procedury. Oczywiście jest zatem, że Zamawiający nie naruszył żadnego z w/w przepisów, w przedstawiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie jako pozbawiony zarówno podstaw faktycznych jak i prawnych. Stwierdził także, że Odwołujący nie dowiódł, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, co wprost potwierdzają dotychczasowe rozważania przedstawione w treści niniejszego przystąpienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust.1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 52 ust.2 oraz art. 65 ust.7 ustawy o

rachunkowości nie potwierdzenia przez Konsorcjum w ofercie w zakresie działu 9 pkt 4 lit. a siwz. W tym przypadku Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum na potwierdzenie wymaganego warunku załączyło rachunki zysków i strat niepodpisane przez zobowiązanych do tego ustawowo członków organu zarządzającego oraz upoważnionego pracownika księgowości wykonawcy a także załączone do oferty opinie niezależnego biegłego rewidenta na temat sprawozdania finansowego wykonawcy za lata 2007 - 2008 są niepodpisane przez kluczowego rewidenta. Zamawiający uznał jednocześnie za zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP w zakresie uwzględnionym. W odniesieniu do pozostałych zarzutów wniósł o ich oddalenie. W tym przypadku, powołując się na art. 6 kc, stwierdził, że Odwołujący formułując zarzuty w zakresie braku dokumentów potwierdzających dysponowanie osobą na stanowisko kierownika robót budowlanych oraz posiadania doświadczenia w wykonywaniu robót na obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków, nie przedstawił żadnych dowodów na ich poparcie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, w związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust.1 pkt 4 oraz art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP.

W odwołaniu, wykonawca wskazując na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759), [dalej ustawa PZP] w związku z art. 22 ust.1 pkt 2, 3 i 4 oraz art. 22 ust.2 pkt 3 i 4 tej ustawy podał, że w ofercie uznanej za najkorzystniejszą wykonawca – Konsorcjum – Polimex – Mostostal S.A. [Wykonawca - Kosorcjum] nie potwierdził spełnienia warunków określonych w dziale 9 ust.1 pkt 2 lit b oraz w pkt 3 lit. b, a także w pkt 4 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz].

W zakresie pkt 2 lit. b siwz, Zamawiający wymagał, aby wykonawca m.in. wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania robotę budowlaną na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków. Dla potwierdzenia tego warunku Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu oraz dokumentów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane należycie. Wykonawca –

Konsorcjum przedłożyło w ofercie wykaz dwóch robót, z których jedna miała potwierdzać wymagania w zakresie robót budowlanych na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków. Takim obiektem miało być Muzeum Rolnictwa w Ciechanowcu. W tym przypadku, Wykonawca powołał się na referencje dyrektora Muzeum w Ciechanowcu. W przystąpieniu do postępowania odwoławczego stwierdził, że Zamawiający nie wymagał innego dokumentu na potwierdzenie spełniania tego warunku.

KIO rozpatrując ten zarzut stwierdziła, że zarzut jest niezasadny. Z referencji załączonych do oferty wynika bowiem, że firma – MASTER EMIL Borys sp. j. z Wysokiego Mazowieckiego [członek Konsorcjum] była wykonawcą zadania dotyczącego substancji zabytkowej Muzeum Rolnictwa oraz, że prace były wykonywane pod nadzorem konserwatora zabytków. Izba uwzględniła także przepisy ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2003 r. nr 162, poz.1568 ze zm.), zgodnie z którymi nadzór konserwatorski jest wykonywany w zakresie zabytków, które zgodnie z art.7 wymienionej ustawy podlegają wpisowi do rejestru zabytków. Odwołujący nie podał okoliczności, które by uzasadniały twierdzenie, że nadzór konserwatorski był wykonywany z innego tytułu. Tym samym nie udowodnił, że Wykonawca nie potwierdził wymaganego warunku. Przystępujący do postępowania odwoławczego w toku rozprawy wykazał dodatkowo, że siedziba Muzeum Rolnictwa, w której prowadzone były prace jest od 1953 r. wpisana do rejestru zabytków [decyzja Prezydium Powiatowej Rady Narodowej w Wysokim Mazowieckim Oddział Kultury z dnia 9.02.1953 r. nr Kult. V-2b-17-53].

W zakresie pkt 3 lit. a siwz, Zamawiający wymagał dysponowania jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy. Dla potwierdzenia tego wymagania konieczne było udowodnienie przez wykonawcę, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający zaznaczył także, że wykonawca może polegać na potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunku. Wykonawca – Konsorcjum na potwierdzenie tego warunku przedłożyło w ofercie oświadczenie z dnia 14 maja 2010 r. EKOINBUD sp. z o.o. z Gdańska, w którym spółka zobowiązuje się udostępnić firmie Polimex - Mostostal S.A. Pana Marcina P. na stanowisko

kierownika robót budowlanych przy zabytkach. W wykazie osób (zał. Nr 3) wskazując kandydata, jako podstawę dysponowania Konsorcjum wskazało użyczenie przez inny podmiot (umowa zlecenia). Odwołujący, w odwołaniu stwierdził, że kandydat nie jest zatrudniony przez Ekoinbud, ani nie jest związany z tą firmą stałą umową cywilnoprawną. Zdaniem Odwołującego wobec prowadzenia działalności gospodarczej przez kandydata na własny rachunek oraz ryzyko kandydat sam powinien złożyć oświadczenie o udostępnieniu swojej osoby do celów niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zatem zobowiązanie pochodzące od innego podmiotu należy uznać za niewiążące. Podniósł także, że w treści zobowiązania, jako jego adresata wskazano wyłącznie jednego z członków Konsorcjum (Polimex-Mostostal S.A.), podczas gdy drugi z wykonawców występujących wspólnie jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do Ekoinbud sp. z o.o., gdyż obie te spółki działają w branży konserwacji zabytków, a więc w przypadku posiadania przez Ekoinbud przed terminem składania ofert wiedzy na temat składu Konsorcjum takie zobowiązanie mogłoby nie zostać podpisane.

Wskazany zarzut w przekonaniu Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba stwierdza, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotem składającym ofertę jest, co prawda Konsorcjum Polimex – Mostostal S.A. oraz MASTER Emil Borys sp. j. z Wysokiego Mazowieckiego, jednakże Liderem tego Konsorcjum jest Polimex – Mostostal S.A. Zatem kierowanie oświadczeń do tego podmiotu było zdaniem Izby uprawnione. Nie potwierdziło się także twierdzenie Odwołującego, że wskazany przez Ekoinbud kandydat Pan P. nie jest związany z tą firmą stałą umową cywilnoprawną. W toku rozprawy przystępujący wykonawca przedstawił umowę ramową łączącą Ekoinbud z Panem Marcinem P., która została zawarta od 2.01.2010 r. do 31.12.2010 r. i dotyczy pełnienia funkcji kierownika budowy w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego na budowach realizowanych przez Zlecającego. W tych okolicznościach faktycznych, podmiot ten, zdaniem Izby był uprawniony do złożenia zobowiązania w przedmiocie użyczenia Pana P. Izba także zauważa, że do oferty zostało załączone doświadczenie zawodowe kandydata oraz - z uwagi na specjalistyczny charakter robót wykończeniowych - opinia Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Gdańsku o tym kandydacie. Odwołujący nie wykazał, że te dokumenty zostały załączone bez zgody kandydata. Zdaniem Izby w tych okolicznościach faktycznych – w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy PZP - dostatecznym dokumentem potwierdzającym dysponowanie wskazanym kandydatem jest oświadczenie Ekoinbud. Izba stoi,

bowiem na stanowisku, że nie w każdym przypadku wobec prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorca – osoba fizyczna – wobec treści art.26 ust. 2b ustawy PZP - zobowiązany jest złożyć samodzielne oświadczenie o udostępnieniu swojej osoby do celów danego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, co do tego warunku, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy PZP, który to przepis stanowi o wykluczeniu wykonawcy, w przypadku nieprawdliwości złożonego przez Konsorcjum oświadczenia, a także w przypadku nie wykazania spełniania wymaganego warunku.

W zakresie zarzutów związanych z naruszeniem art. 22 ust.1 pkt 4 oraz art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP, a dotyczących działu 9 ust.1 pkt 4 lit.a specyfikacji, Izba uznała, że w tym zakresie odwołanie podlega uwzględnieniu.

Przedewszystkim Izba stwierdziła, że Odwołujący – w toku rozprawy - poparł w całości zarzuty, zatem częściowe uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego nie może skutkować w świetle przepisów ustawy PZP umorzeniem postępowania w tej części. Izba stwierdza także, że przepis art. 192 ust.2 ustawy PZP w niniejszej sprawie nie ma również zastosowania, albowiem złożenie oświadczenia przez Zamawiającego, co do uwzględnienia jednego z zarzutów nie jest równoznaczne z dokonaniem bądź zaniechaniem kwestionowanych czynności i tym samym takie oświadczenie nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Izby i jednocześnie nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba jednocześnie stwierdza, że – w spornym zakresie - podstawą oceny przez Zamawiającego oferty Konsorcjum mogą być tylko dokumenty przedłożone do oferty oraz przedłożone na żądanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP. Zatem żądanie w przedmiocie wykluczenia Konsorcjum jest bezzasadne, gdyż zostało oparte w odniesieniu do dokumentów uzyskanych nie skutkiem wezwania Zamawiającego. Ta procedura, co przyznał wykonawca w odwołaniu nie była do Konsorcjum w zakresie tego wymagania zastosowana. Izba jednocześnie stwierdza, że także nie dokonywała oceny dokumentów załączonych do przystąpienia wykonawcy, jednakże zwraca uwagę, iż Zamawiający uwzględniając zarzuty dotyczące pkt 4 lit. a siwz, nie odniósł się do braku nie załączenia przez Konsorcjum rachunku zysków i strat za rok 2009, w szczególności nie podał, że żądanie przedłożenia tego dokumentu do oferty byłoby niezasadne. Zatem uwzględnienie odwołania i nakazanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem procedury określonej przepisem art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP dotyczy w całości zarzutu oraz argumentacji

Odwołującego związanej z naruszeniem art. 22 ust.1pkt 4 ustawy PZP w zakresie warunku z działu 9 ust.1 pkt 4 lit.a specyfikacji.

Z uwagi na powyższe ustalenia faktyczne i prawne orzeczono jak w sentencji. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy PZP, uwzględniając § 3 pkt 2 lit. b 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. 236) .

Przewodnicząca

.....