

Sygn. akt KIO/UZP 1211/09

WYROK

z dnia 1 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak

Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WARBUD S.A., FUGIT Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Filharmonia Świętokrzyska im. Oskara Kolberga, Plac Stanisława Moniuszki 2B, 25-334 Kielce** protestu z dnia **31 lipca 2009 r.**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIBEP S.A., Przedsiębiorstwo Budowlane UNIMAX Sp. z o.o., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUD S.A., FUGIT Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUD S.A., FUGIT Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 892 zł 53 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt trzy grosze) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUD S.A., FUGIT Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** na rzecz **Filharmonia Świętokrzyska im. Oskara Kolberga, Plac Stanisława Moniuszki 2B, 25-334 Kielce** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUD S.A., FUGIT Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Filharmonia Świętokrzyska im. O. Kolberga w Kielcach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 17 kwietnia 2009 roku pod numerem 2009/S 74-107100.

Dnia 21 lipca 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum firm Unibep S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlane Unimax Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum lub konsorcjum Unibep).

Dnia 31 lipca 2009 roku konsorcjum firm WARBUD S.A., FUGIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Protestującym lub Odwołującym) wniósł protest na czynność Zamawiającego, dokonaną w toku przetargu nieograniczonego, polegającą na błędnej ocenie oferty i zaniechaniu wezwania Wykonawcy - Konsorcjum Unibep, do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty względnie uzupełnienia wykazu dokumentów potwierdzających doświadczenie Wykonawcy oraz, w konsekwencji, nieuprawnionym dokonaniu wyboru oferty złożonej przez powołanego Wykonawcę.

Zdaniem Protestującego Zamawiający działaniem swoim naruszył przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 względnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Działanie Zamawiającego zdaniem Protestującego, naruszyło jego interes prawny, bowiem odstąpienie przez Zamawiającego od wymagań określonych w Ustawie prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, skutkując pozbawieniem Protestującego możliwości pozyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Unibep;
- ponowną ocenę złożonej przez ww. Konsorcjum oferty z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym proteście oraz wezwanie tegoż Wykonawcy do złożenia

wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty lub uzupełnienia złożonych dokumentów-poświadczających wymagane doświadczenie poprzez:

- a) przedłożenie umowy cesji z dnia 28 września 2007 r. zawartej przez Unibep S.A. z Budimex S.A. wraz z protokołem przejęcia robót wykonanych przez Budimex S.A. przed przejęciem placu budowy przez Unibep S.A.;
- b) wyjaśnienie, czy konsorcjum Unibep ubiegające się o udzielenie zamówienia wykonało całość inwestycji Centrum Handlowo-Usługowo-Biznesowe z hotelem Radisson SAS w Kaliningradzie, czy też jedynie dokończyło inwestycję rozpoczętą przez inny podmiot - jak wynika z informacji zawartych w prospekcie emisyjnym Wykonawcy i pozostałych dokumentach przedstawionych proteście oraz, czy rzeczywiście realizowało Inwestycje w okresie od września 2005 r. do grudnia 2008 r. jak wskazał w "Wykazie wykonanych robót budowlanych" ze s. 36 oferty - pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy ;
- c) przedłożenie dokumentów poświadczających zrealizowanie przez Wykonawcę (a nie inne podmioty) inwestycji zgodnie z warunkiem określonym w postanowieniu pkt IX.1.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - pod rygorem wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Uzasadniając wskazał, co następuje.

Konsorcjum, do oferty, załączyło dokument "Wykaz wykonanych robót budowlanych" z dnia 23 czerwca 2009 r. (s. 36 oferty), w którym oświadczyło, iż wykonało dwa obiekty, w tym Centrum Handlowo-Usługowo-Biznesowe z Hotelem Radisson SAS w Kaliningradzie (Federacja Rosyjska), mające zostać wykonane przez Lidera Konsorcjum w okresie od września 2005 r. do grudnia 2008 r. na rzecz 000 Niedwizimost z siedzibą w Moskwie (Federacja Rosyjska) o kubaturze budynku 200 tys. m³ oraz wartości roboty budowlanej 237 540 000 złotych (wg kursu euro z 17 kwietnia 2009 r. 1 EUR=4,28 zł). Konsorcjum przedstawiło również list referencyjny wystawiony przez powołanego Zamawiającego - 000 RGS Nedwizimost (RGS Nieruchomości), wskazujący, iż przedmiotowe zadanie było realizowane w okresie od września 2005 r. do grudnia 2008 r., łączna kubatura wyniosła 200 tys. m³ zaś łączna wartość wykonanych robót wyniosła 55,5 mln EURO.

Mając na uwadze treść informacji zamieszczonych przez samego Wykonawcę - Unibep S.A. w prospekcie emisyjnym tejże Spółki zatwierdzonym przez Komisję Nadzoru Finansowego w dniu 29 lutego 2008 r. Protestujący wskazał, iż przedmiotowy wykaz oraz

przedstawione referencje budzą poważne wątpliwości co do rzeczywistego spełniania przez Konsorcjum wymogu Zamawiającego odnośnie doświadczenia.

Na stronie 84 prospektu emisyjnego Unibep S.A. widnieje informacja nt. Umowy generalnego wykonawstwa zawartej z tymże Zamawiającym - RGS Nieruchomości Sp. z o.o. dotyczącej przedmiotowej Inwestycji. Wskazano tam w sposób jednoznaczny, iż pierwotnie generalnym wykonawcą inwestycji był Budimex S.A. w Warszawie, a Unibep S.A. jedynie za zgodą Inwestora wstąpił w prawa i obowiązki Budimex S.A. wynikające z umowy o generalne wykonawstwo inwestycji na podstawie umowy cesji z dnia 28 września 2007 roku.

O fakcie zawarcia umowy o generalne wykonawstwo przedmiotowej inwestycji z inwestorem przez Budimex, a nie Unibep S.A. świadczy również treść Sprawozdania Zarządu z działalności Grupy kapitałowej, w skład której wchodzi Budimex S.A. za rok 2005 (strona 9 sprawozdania) oraz Sprawozdania Zarządu z działalności Spółki Budimex S.A. za rok 2006 (strona 5 tegoż sprawozdania), z których wynika, iż to przedmiotowa Spółka zawarła z Inwestorem w pierw miejsce umowę warunkową na realizację przedmiotowej Inwestycji (8 lipca 2005 r.), zaś w dniu 7 marca 2006 r. umowę ostateczną na realizację przedmiotowej Inwestycji. Dodatkowo wskazać należy, iż o zawarciu Umowy warunkowej Budimex S.A. informował w raporcie bieżącym nr 28/2005 z dnia 12 lipca 2005 r. a o zawarciu umowy ostatecznej (po spełnieniu warunków umowy warunkowej) w raporcie bieżącym nr 1112006 z 7 marca 2006 r.

Realizację przedmiotowego kontraktu przez Budimex S.A. potwierdza również analiza dokonana przez Dom Inwestycyjny BRE Bank S.A. w aktualizacji raportu z dnia 11 lipca 2008 r. s. 11. Wynika z niej jednoznacznie, iż w okresie od 7 marca 2006 r. (data zawarcia ostatecznej Umowy z Inwestorem) do 27 grudnia 2007 r. (a więc jeszcze w trzy miesiące po zawarciu umowy cesji z Unibep S.A.) Budimex S.A. realizował roboty objęte umową powoływaną przez Wykonawcę w postępowaniu. Z analizy wynika jednoznacznie, iż czas realizacji robót przez Budimex S.A. wyniósł aż 660 dni, a więc niemal dwa lata. Tenże Dom Inwestycyjny BRE Bank S.A. w Komentarzu specjalnym z dnia 10 marca 2008 r. przywołując kontrakty realizowane przez UNIBEP S.A. w sposób wyraźny wskazał (s. 9 Komentarza), iż Wykonawca ten realizował kontrakt z tym samym Inwestorem, jednakże nie we wskazanych w wykazie ze s. 36 oferty okresach czasu lecz w okresie od 29 września 2007 r. (data podpisania umowy cesji, którą Wykonawca powołuje w swoim prospekcie emisyjnym) do 1 grudnia 2008 r. (z uwagi na datę wystawienia Komentarza, termin zakończenia był terminem szacowanym). Co najistotniejsze, zgodnie z powołanym

Komentarzem (s. 4), w chwili przejęcia Inwestycji roboty, które pozostały do wykonania w chwili przejęcia, oszacowano na kwotę ok. 5,5 mln EURO, co oznacza, iż do chwili ich przejęcia przez UNIBEP S.A. wartość robót wykonanych przez Budimex S.A. wyniosła niemal 19 mln EURO (zdecydowana większość wartości Kontraktu).

Powyższy stan powoduje, iż Unibep S.A. w żadnym razie nie może legitymować się wykonaniem przedmiotowej Inwestycji z co najmniej następujących względów:

- 1) Unibep S.A. nie wykonał powołanej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej. Ponieważ Zamawiający nie ustanowił w SIWZ odmiennej definicji "budowy" budynku, należy w powyższym zakresie stosować rozumienie tegoż pojęcia wskazane w przepisach rangi ustawowej. W ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. -prawo budowlane, Ustawodawca przewidział w art. 3 pkt 6, iż przez "budowę" należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Ponieważ odbudową jest "odtworzenie istniejącego wcześniej i zniszczonego obiektu budowlanego, w tym samym miejscu i z zachowaniem pierwotnej wielkości, kształtu i układu funkcjonalnego", nadbudowa "polega na powiększeniu istniejącego obiektu budowlanego przez zwiększenie jego wysokości z zachowaniem tej samej powierzchni budowlanej", zaś rozbudowa to "zmiana innych charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (tak: Tomasz Asman [w:] Prawo Budowlane, komentarz, red. Zygmunt Niewiadomski, wyd. CH Beck, Warszawa 2007 oraz Jerzy Siegień [w:] Prawo budowlane, komentarz, wyd. CH Beck, Warszawa 2003), kluczowym dla wyjaśnienia zakresu słowa "budowa" pozostaje wyjaśnienie pojęcia "wykonywanie obiektu budowlanego". Tomasz Asman w cyt. wyżej komentarzu do ustawy -prawo budowlane, w sposób wyraźny wskazał, iż .Pojęcie wykonywania obiektu budowlanego odnosi się [...] do sytuacji, w których inwestor tworzy nowy obiekt budowlany "od nowa" -por. s. 56 cyt. wyżej Komentarza. Rozumienie takie jest naturalną konsekwencją legalnej definicji "obektu budowlanego", którym zgodnie z art. 3 ustawy -prawo budowlane, może być zarówno budynek, budowla, jak i obiekt małej architektury. Odnosząc powyższe rozważania do sytuacji wstąpienia na plac budowy, w którym roboty były realizowane przez inny podmiot, jest oczywiste iż Unibep S.A. jedynie "dokończył" budowę rozpoczętą przez inny podmiot, gdyż nie wykonywał robót od podstaw. Tym samym wykazywanie przedmiotowej realizacji jako polegającej na wykonaniu przez ten podmiot robót budowlanych polegających na budynku (wymaganych przez Zamawiającego) nie jest prawidłowe. Wymogi odnośnie

doświadczenia Wykonawców są wymogami podmiotowymi, ściśle odnoszącymi się do właściwości danego wykonawcy. Wykonawca musi wykazać się wykonaniem danej inwestycji właśnie po to, by wykazać, iż jest w stanie zrealizować zamówienie (które przecież nie będzie dokończaniem budowy lecz właśnie budową "od podstaw"). Tym samym nie można np. w drodze umowy cesji praw i obowiązków (która może dotyczyć wyłącznie praw i obowiązków majątkowych) przenieść na inny podmiot wymogu podmiotowego -osobistego, nierozzerwalnie związanego z danym podmiotem.

- 2) Unibep S.A. wyraźnie wskazał, iż przystąpił do Umowy z Inwestorem dopiero na podstawie umowy cesji z dnia 28 września 2007 L, oczywistym jest, iż w złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczeniu -Wykazie wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych, poświadczył nieprawdę, wskazując iż Inwestycję wykonywał w okresie od września 2005 r. do grudnia 2008 r. gdy oczywistym jest, iż w okresie do końca września 2007 r. Inwestycji wykonywać nie mógł, gdyż wykonywał ją inny podmiot a Unibep S.A. nie był Stroną Umowy z Inwestorem. Ponownie powołać tu należy, iż nie można w drodze umowy cesji nabyć "ze skutkiem wstecznym" cechy osobistej, jaką jest fakt, iż dany podmiot przed zawarciem umowy cesji wykonywał dane roboty budowlane, gdyż cechy osobiste nie są prawami majątkowymi podlegającymi zbyciu lecz prawami niematerialnymi, które ściśle przypisane są do danego podmiotu - co wykorzystuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie Zamawiający określając warunki podmiotowe zyskują pewność, iż o udzielenie zamówienia ubiegają się wyłącznie Wykonawcy, którzy rzeczywiście dane cechy wymagane przez Zamawiającego wykazują. W przypadku, gdy Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonej oferty, niejasności tej nie będzie w stanie wytłumaczyć, będzie on podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp a jego oferta będzie podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 Pzp. Jest oczywiste, iż oferta odrzucona nie może być oceniana pod kątem wyboru wykonawcy ją składającego (wykluczonego z udziału w postępowania) jako przyszłego wykonawcy inwestycji.

Wszystkie powołane wyżej okoliczności, zdaniem Protestującego, w sposób jednoznaczny wskazują, iż złożony przez Konsorcjum dokument "Wykaz wykonanych robót budowlanych" ze s. 36 oferty, nie spełnia wymogów określonych w postanowieniu pkt IX.1.6 SIWZ, albowiem jedynie jedna ze wskazanych tam robót budowlanych spełnia wymogi stawiane przez Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 1 sierpnia 2009 roku (przekazanym wykonawcy listem w dniu 3 sierpnia 2009 roku) wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 6 sierpnia 2009 roku (pismem z dnia 5 sierpnia 2009 roku) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło konsorcjum Unibep S.A. Unimax Sp. z o.o.

Zamawiający dnia 10 sierpnia 2009 roku protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż kwestionowana przez Protestującego robota budowlana zrealizowana o wartości 237.540.000.00 PLN, o kubaturze budynku 200.000,00 m³ wykonana w okresie od września 2005 do grudnia 2008. potwierdzona przez Zleceniodawcę listem referencyjnym z dnia 27.01.2009 r. nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego odnośnie spełniania przez: Konsorcjum postawionego w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Informacje zawarte w Wykazie robót budowlanych i liście referencyjnym są spójne i w sposób oczywisty korespondują ze sobą, więc zamawiający nie znalazł podstaw do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, bądź uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie Wykonawcy.

Konsorcjum UNIBEP S.A. w swoim przystąpieniu. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 5 sierpnia 2009 r. podtrzymało informacje zawarte w złożonych wraz z ofertą dokumentach (Wykazie wykonanych robót i liście referencyjnym), wyjaśniając jednocześnie, że w wyniku Umowy cesji z dnia 28.09.2007 r.:

- przejął od BUDIMEX S.A. w pełnym zakresie całość praw i zobowiązań (należności) wynikających z kontraktu,
- jest Generalnym Wykonawcą kontraktu na budowę Centrum Handlowo-Usługowo-Biznesowego z Hotelem Radisson SAS w Kaliningradzie (Federacja Rosyjska), którego realizacja trwała w okresie od września 2005 r. do grudnia 2008 r., wartość kontraktu wynosiła 27.590.162 euro brutto, na dzień podpisania Umowy cesji. Następnie w wyniku aneksów do kontraktu wartość ta uległa zwiększeniu do kwoty 55.547.448,20 euro brutto.

A zatem, kwota podana zarówno w wykazie wykonanych robót jak i w liście referencyjnym jest zgodna z w/w końcową kwotą kontraktu, co w sposób oczywisty uzasadniony pozwala Zamawiającemu uznać, że oferta konsorcjum UNIBEP S.A. jest prawidłowa i nie zawiera uchybień, o których mowa w proteście WARBUD S.A., co oznacza wprost, że stanowisko zamawiającego jest właściwe.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 19 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Dnia 11 września 2009 roku, do postępowania odwoławczego zgłosiło przystąpienie konsorcjum Unibep S.A. Unimax Sp. z o.o. wskazując, iż przystępuje do postępowania, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, uwzględniając cały materiał dowodowy zgłoszony w postępowaniu, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale VII ust. 1 pkt 1.3 postawił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tzn. wykonawca, który chce uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu, musi wykazać, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie minimum dwie roboty budowlane, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 mln PLN i polegająca na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³. Na potwierdzenie spełniania postawionego warunku, wykonawcy mieli obowiązek przedstawić wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie robót budowlanych, zawierających co najmniej dwie roboty, każda o wartości nie mniejszej niż 40 mln PLN brutto i polegająca na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³, wg. wzoru stanowiącego załącznik Nr 3 do s.i.w.z., wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Przystępujący, do oferty załączył (strona 36 oferty) Wykaz wykonanych robót budowlanych, gdzie w pozycji Nr 2 wskazał na wykonanie Centrum Handlowo – Usługowo – Biznesowego z Hotelem Radisson SAS w Kaliningradzie, Federacja Rosyjska, gdzie wartość roboty budowlanej brutto wyniosła 237 540 000 PLN, kubatura budynku 200 000 m³, termin wykonania od września 2005 do grudnia 2008 roku.

Ponadto Przystępujący załączył list referencyjny, w którym Inwestor „RGS Nieruchomości” sp. z o.o. z siedzibą w Moskwie zaświadczył, iż UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, był Generalnym wykonawcą inwestycji Centrum Handlowo – Usługowo – Biznesowego z Hotelem Radisson SAS w Kaliningradzie. Zakres wykonywanych robót obejmował roboty ogólnobudowlane, sanitarne (w tym wentylacja i klimatyzacja), elektryczne i teletechniczne. Ponadto Inwestor poświadczył, iż roboty zostały wykonane terminowo i z należytą starannością.

W celu prawidłowego rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania Izba, w pierwszej kolejności kierowała się definicjami budowy jak i roboty budowlanej zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 roku Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.).

Zgodnie z wyżej cytowaną ustawą art. 3 pkt 6 stanowi, iż *Ilećroć w ustawie jest mowa o budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.* Art. 3 pkt 7 stanowi, iż *Ilećroć w ustawie jest mowa o robotach budowlanych - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.*

Zatem, skoro więc Zamawiający stawiając warunek udziału dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia żądał legitymowania się w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem minimum dwóch robót budowlanych, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 mln PLN i polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³, to powyższe definicje pozwalają na stwierdzenie, że wykonawca może przedstawić również wykaz zawierający, w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

W odniesieniu do wykazu przedstawionego przez Przystępującego, stwierdzić należy, w kontekście posiadanych przez Izbę dowodów, a zwłaszcza umowy zmiany podmiotu w zobowiązaniu (umowa cesji) z dnia 28 września 2007 roku, iż Przystępujący wstępując w miejsce dotychczasowego generalnego wykonawcy, w dalszym ciągu realizował rozpoczętą inwestycję – budowę. Powyższe potwierdza również Raport bieżący Nr 20 /2008 z dnia 23

maja 2008 roku przekazany do Komisji Nadzoru Finansowego przez zarząd UNIBEP S.A., na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 października 2005 roku w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych. W raporcie tym, Unibep S.A. wskazał, iż w dniu 22 maja 2008 roku zawarł aneks z Inwestorem na kwotę 8 958 206,21 euro, czym zwiększył wartość całkowitą umowy do kwoty 33 414 992,85 euro brutto. W myśl wcześniejszego stwierdzenia uznającego możliwość legitymowania się wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie oraz, zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane - odbudowie, rozbudowie, nadbudowie obiektu budowlanego, Izba uznała za potwierdzone wykazanie się, ponad to, co zostało wykonane wcześniej (przed wstąpieniem do umowy jako cesjonariusz) spełnieniem warunku postawionego przez Zamawiającego, dotyczącego doświadczenia.

Natomiast w zakresie zarzutu, dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do pozycji Nr 2 z wykazu wykonanych robót budowlanych (strona 36 oferty), z uwagi na okoliczność, iż Przystępujący wstąpił w rolę Generalnego wykonawcy w dniu 28 września 2007 roku, na podstawie wyżej cytowanej umowy cesji, i nie mógł przedstawić informacji, iż powyższą inwestycję realizował od września 2005 roku, Izba, na podstawie przepisu art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych rozpoznawała zarzut, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)

W powyższym zakresie zdaniem Izby mogą mieć zastosowanie przepisy art. 519 i następne Kodeksu cywilnego, w zakresie zmiany dłużnika. Przejęcie długu jest to umowa, mocą której osoba trzecia wstępuje w miejsce dotychczasowego dłużnika, a dłużnik zostaje z długu zwolniony. Podobnie jak przy przelewie wierzytelności, także i przy przejęciu długu nie następuje żadna zmiana w treści stosunku zobowiązaniowego, a zmienia się jedynie podmiot zobowiązany do świadczenia. W miejsce dotychczasowego dłużnika wstępuje nowy dłużnik (W. Czachórski Zobowiązania – Zarys wykładu, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis – Warszawa 2003).

Konsekwencją faktu, że przy przejęciu długu zmiana w osobie dłużnika nie wpływa na istotę stosunku prawnego, jest możliwość podniesienia przez nowego dłużnika tych samych zarzutów przeciwko wierzycielowi, które służyły dotychczasowemu dłużnikowi.

Kodeks cywilny nie zna w zasadzie instytucji łącznego przejścia praw i obowiązków jednej ze stron w umowie wzajemnej na inną osobę. Wskutek tego przejście takich praw i obowiązków jest uwarunkowane spełnieniem się przesłanek wymaganych przez kodeks zarówno dla wywołania zmiany w osobie wierzyciela, jak i dłużnika. Dla kwestii przejścia

całości praw i obowiązków podmiotów prawa cywilnego w związku z dysponowaniem majątkiem przedsiębiorstw lub ich składników, należy mieć na uwadze treść art. 55¹ – 55³ Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z powyższym, przyjmując za właściwe, iż przystępujący do umowy – jako Cesjonariusz - spółka Unibep – wstąpiła w rolę generalnego wykonawcy kontraktu polegającego na wykonaniu swoimi i pozyskanymi po uzgodnieniu z Inwestorem (Zleceniodawcą) siłami, środkami i materiałami kompleksu przygotowawczych, budowlano-montażowych, wykończeniowych i inżynierskich robót na obiekcie (Miejskie społeczne, gospodarcze i handlowe centrum „Kaliningrad – 750”) przejęła pełny zakres praw i obowiązków wynikających z kontraktu (ust.1 pkt 1.1. umowy cesji).

Tym samym, wchodząc w rolę generalnego wykonawcy może, zdaniem Izby legitymować się wykonaniem obiektu j.w. realizowanego od września 2005 roku, z uwzględnieniem faktu, iż wstąpienie w rolę generalnego wykonawcy nastąpiło w dniu 28 września 2007 roku.

Izba popiera stanowisko Przystępującego, iż nieuzasadnionym jest zarzut Odwołującego w powyższym zakresie, gdyż zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, uczestnik konsorcjum może legitymować się doświadczeniem, jak za całe konsorcjum, co znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisie art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy statuuje, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 (przyp. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), tzw. konsorcja.

W konsekwencji takiego stanowiska uznać należy, iż podmiot wstępujący w rolę generalnego wykonawcy, tym bardziej może legitymować się posiadaniem doświadczeniem w realizacji całej inwestycji, bez względu, w którym momencie wstępuje do kontraktu, gdyż w pełni odpowiada przed Inwestorem w zakresie wykonanych już robót, w zakresie gwarancji i rękojmi, czy też upoważniony jest, posiada w pełnym zakresie status strony – podmiotu uczestniczącego z stosunku zobowiązaniowym - do stawiania żądań i wniosków Zleceniodawcy (Inwestorowi) – jest pełnoprawnym jego uczestnikiem.

W konsekwencji powyższych ustaleń stwierdzić należy, iż Przystępujący miał pełne prawo do wykazania się wykonaniem inwestycji budowlanej polegającej na budowie Centrum Handlowo – Usługowo – Biznesowego z Hotelem Radisson SAS w Kaliningradzie, które zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, a potwierdzonej referencjami spełnia w/w warunek, zarówno w zakresie wartości brutto - nie mniejszej niż 40 mln PLN, jak i budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 892,53 zł, na podstawie zestawienia kosztów wraz z rachunkiem złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....