

**Sygn. akt: KIO/UZP 1252/08,**

**KIO/UZP 1254/08**

**WYROK**

**z dnia 25 listopada 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Jolanta Markowska**

**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2008 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Konsorcjum firm: Warbud S.A., Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a, Karmar S.A., Warszawa, ul. Taborowa 16 lok. 1 i KEM Sp. z o.o., Dąbrowa Górnicza, ul. Budowlanych 6 lok. 1a,**
- B. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1, Artex Art Services GmbH, Austria, Wiedeń, Eyzinggasse 23, E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd, Izrael, Tel Aviv, 44 Shalom Zion**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, Warszawa, ul. Senatorska 29/31** protestów:

- A. Konsorcjum firm: Warbud S.A., Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a, Karmar S.A., Warszawa, ul. Taborowa 16 lok. 1 i KEM Sp. z o.o., Dąbrowa Górnicza, ul. Budowlanych 6 lok. 1a z dnia 15.11.2008 r.**
- B. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1, Artex Art Services GmbH, Austria, Wiedeń,**

**Eyzinggasse 23, E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd,  
Izrael, Tel Aviv, 44 Shalom Zion z dnia 15.11.2008 r.**

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- **Erbud S.A., Warszawa, ul. Puławska 300A,**
- **Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A., Kraków, ul. Wadowicka 8W, Mota-Engil, Engenharia e Construção S.A., Portugalia, Casa da Calçada L. do Paço 6 – Cepelos i Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Dorbud S.A., Kielce, ul. Zagnańska 153,**
- **Konsorcjum firm: Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Emilii Plater 53 i Construcciones Sánchez Dominguez Sando S.A., Hiszpania, Madryt, Avda. Manoteras 46 bis, 6B,**

po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala oba odwołania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża**

- **Konsorcjum firm: Warbud S.A., Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a, Karmar S.A., Warszawa, ul. Taborowa 16 lok. 1 i KEM Sp. z o.o., Dąbrowa Górnicza, ul. Budowlanych 6 lok. 1a,**
- **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1, Artex Art Services GmbH, Austria, Wiedeń, Eyzinggasse 23, E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd, Izrael, Tel Aviv, 44 Shalom Zion**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

**A** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Warbud S.A., Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a, Karmar S.A., Warszawa, ul. Taborowa 16 lok. 1 i KEM Sp. z o.o., Dąbrowa Górnicza, ul. Budowlanych 6 lok. 1a,**

**B** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1, Artex Art Services GmbH, Austria, Wiedeń, Eyzinggasse 23, E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd, Izrael, Tel Aviv, 44 Shalom Zion,**

2) dokonać zwrotu kwoty 75 936 zł 00 gr (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

**A** kwoty 37 968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Warbud S.A., Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a, Karmar S.A., Warszawa, ul. Taborowa 16 lok. 1 i KEM Sp. z o.o., Dąbrowa Górnicza, ul. Budowlanych 6 lok. 1a,**

**B** kwoty 37 968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1, Artex Art Services GmbH, Austria, Wiedeń, Eyzinggasse 23, E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd, Izrael, Tel Aviv, 44 Shalom Zion.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający tj. Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą Budowa Muzeum Historii Żydów Polskich wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz zagospodarowaniem terenu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2008 r. pod numerem 2008/S 122-163314.

W dniu 8 października 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. o dopuszczeniu do kolejnego etapu postępowania Konsorcjum firm: Warbud S.A., Karmar S.A. i KEM Sp. z o.o. zwanego dalej Konsorcjum Warbud oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Artex Art Services GmbH, E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd zwanego dalej Konsorcjum POL-AQUA na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

Zamawiający stwierdził, iż Konsorcjum POL-AQUA nie złożyło, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla członka zarządu firmy E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd pani Chany L. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, Konsorcjum POL-AQUA nie spełnia warunku dysponowania co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót zieleni posiadającą wykształcenie co najmniej średnie kierunkowe: ogrodnicze lub architektura krajobrazu lub tereny zielone, która wykaże się co najmniej 5 letnim doświadczeniem w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią. Z dokumentów złożonych przez Konsorcjum POL-AQUA nie wynika, iż pan Rafał Przemysław P. posiada 5-letnie doświadczenie zawodowe w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią.

### **KIO/UZP 1252/08**

Na powyższą decyzję Zamawiającego protest wniosło w dniu 15 października 2008 r. (pismem z dnia 14 października 2008 r.) Konsorcjum Warbud zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców:

- Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A., Mota-Engil, Engenharia e Construção S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Dorbud S.A. zwanego dalej Konsorcjum Mota-Engil,
- Erbud S.A. z siedziba w Warszawie,
- Konsorcjum firm: Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o. i Construcciones Sánchez Dominguez Sando S.A. zwanego dalej Konsorcjum Sando

mimo, iż ww. Wykonawcy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Protestujący podniósł, iż Konsorcjum Mota-Engil na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia określonego w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 2, 4 i 5 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż wykonał przedsięwzięcie pod nazwą "Przekształcenie i rozbudowa Portu Lotniczego im. Francisco Se Carneiro (Porto) - ASC 2000 -"Piers" i "Busgates" -tunele techniczne i korpus centralny portu lotniczego - wiadukt łączący pomiędzy "Curbsides". Następnie w drodze uzupełnienia wykazał rozbudowę Portu Lotniczego im. Francisco Se Carneiro w Porto. Zdaniem Protestującego, z przedłożonego Wykazu wykonanych robót budowlanych oraz ze złożonych referencji nie wynika, że Wykonawca ten wykonał budynek czy też obiekt budowlany, a jedynie że dokonał rozbudowy już istniejącego obiektu budowlanego.

Nie wykazanie spełniania warunku doświadczenia określonego w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 3 i 5 Protestujący zarzucił Wykonawcy Erbud S.A. Protestujący wskazał, iż Wykonawca ten w Wykazie wykonanych robót budowlanych w celu udokumentowania doświadczenia określonego w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 3 ogłoszenia przedstawił realizację Zespołu Zabudowy Mieszkaniowej Olimpia 2 w Warszawie II etap wraz z infrastrukturą zewnętrzną, Zespołu Zabudowy Mieszkaniowej Fort Bema w Warszawie, budowę budynku mieszkalno-biurowego z parkingiem podziemnym Rezydencja Czerska w Warszawie oraz budowę pawilonu dydaktycznego dla potrzeb Wydziału Fizjoterapii Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu. Odnośnie pierwszej z ww. inwestycji Protestujący zauważył, iż Erbud S.A. wykonała dwukondygnacyjny garaż podziemny wraz z wykonaniem ściany berlińskiej, która jednak nie może być uznana za rodzaj głębokiego fundamentu, gdyż jest zabezpieczeniem wykopu. Wskazał także, że podobnie Wykonawca ten określił swoje doświadczenie w odniesieniu do drugiej i trzeciej z powyższych inwestycji podając, że wykonywał on obiekty, w skład których wchodziły dwukondygnacyjne garaże podziemne, lecz nie wykazał, aby zostały one wykonane z zastosowaniem głębokiego fundamentowania. Podniósł ponadto, że Wykonawca ten w zakresie ostatniego obiektu podał, że konstrukcja została wykonana na palach żelbetowych i żwirowych. Protestujący wskazał, że wbrew oświadczeniu Erbud S.A., konstrukcja nie została posadowiona na palach

żelbetowych i żwirowych, ale na fundamentach stopowych wzmocnionych kolumnami żwirowymi w podłożu gruntowym, o czym świadczy opis techniczny budynku. Protestujący stwierdził, iż powszechnie przyjmuje się, że kolumny żwirowe nie mogą być uznawane za metodę głębokiego fundamentowania i stanowią wyłącznie przestrzenne wzmocnienie podłoża budowlanego pod fundamentami konstrukcji inżynierskich, co potwierdza Instytut Techniki Budowlanej.

W zakresie nie wykazania przez Erbud S.A. spełnienia warunku określonego w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu Protestujący stwierdził, iż Wykonawca ten w Wykazie wykonanych robót budowlanych wskazał, że wykonał następujące zamówienia: Przebudowa i rozbudowa terminali pasażerskich - Etap III Obiekt C lotniska w Goleniowie, Zaprojektowanie i budowa budynku odpraw autobusów na przejściu granicznym w Krościenku oraz II etap modernizacji sztucznego lodowiska TOR-TOR w Toruniu. Pierwsza i trzecia spośród przedstawionych inwestycji nie spełnia, w ocenie Protestującego, postawionego warunku, bowiem są to roboty budowlane polegające na przebudowie, rozbudowie bądź modernizacji już istniejących obiektów budowlanych, a nie na wykonaniu obiektu budowlanego. Zwrócił także uwagę, że druga z ww. inwestycji w istocie obejmowała wykonanie obiektu budowlanego, jednakże obiekt ten, wbrew twierdzeniom Erbud S.A., nie zawiera elementów konstrukcji przestrzennej krzywoliniowej wykonanej ze stalowych rur lub kształtowników.

Powyższe, zdaniem Protestującego potwierdza, iż Erbud S.A. nie wykazała posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Wobec Konsorcjum Sando Protestujący podniósł, iż nie wykazało ono spełnienia warunku doświadczenia określonego w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu. Konsorcjum w Wykazie robót budowlanych wskazał realizację zadania „Przebudowa stadionu piłkarskiego La Rosaleda w Maladze”. Zdaniem Protestującego, wykonane przez Konsorcjum Soledo roboty nie obejmują wykonania obiektu budowlanego, a jedynie jego przebudowę.

Protestujący stwierdził, iż wobec faktu, iż wskazani powyżej Wykonawcy dokonali już uzupełnienia wniosków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mogą oni być ponownie wezwani do ich uzupełnienia.

Protestujący wniósł o wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum Mota-Engil, Wykonawcy Erbud S.A. oraz Konsorcjum Sando.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili

w dniu 17 października 2008 r. następujący Wykonawcy: Konsorcjum Sando, Erbud S.A., Konsorcjum Mota-Engil oraz Konsorcjum firm: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i STRABAG Sp. z o.o.,

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 24 października 2008 r. przez jego oddalenie w całości.

W zakresie zarzutów podniesionych wobec oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Mota-Engil Zamawiający stwierdził, iż Protestujący dokonał całkowicie dowolnej interpretacji użytego przez Zamawiającego określenia "wykonanie budynku", "wykonanie obiektu budowlanego", utożsamiając je z wybudowaniem nowego budynku, nowego obiektu budowlanego. Zamawiający wskazał na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 903/08, w którym Izba orzekła, iż pojęcie „wykonanie” obejmuje wszystkie rodzaje prac zdefiniowanych w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), zatem również rozbudowę. W ocenie Zamawiającego, wykonane przez Konsorcjum Mota-Engil roboty polegające na Rozbudowie Portu Lotniczego im. Francisco Se Carneiro w Porto spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w Sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 2,4 i 5 ogłoszenia o zamówieniu.

Odnośnie zarzutów podniesionych wobec oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Erbud S.A. Zamawiający podniósł, iż wobec braku jednoznacznej definicji głębokiego fundamentowania w ustawie Prawo budowlane oraz innych regulacjach prawnych i technicznych, należy opierać się na opiniach technicznych specjalistów oraz na literaturze. Bazując na ww. źródłach Zamawiający stwierdził, iż rozróżnia się fundamenty płytke i głębokie. Do płytkich zalicza się fundamenty posadowione na warstwie nośnej nie przekraczającej głębokości 4 metrów licząc od poziomu terenu. Zamawiający wskazał, że innym kryterium klasyfikacji posadowienia jest sposób przekazania obciążenia z fundamentu na nośną warstwę gruntu. Rozróżnia się posadowienie bezpośrednie, gdy podstawa fundamentu spoczywa na nośnej warstwie gruntu oraz posadowienie pośrednie, gdzie obciążenie od budowli jest przekazywane na głęboko położoną warstwę nośną za pomocą specjalnych konstrukcji pograżonych w podłożu np. mikrofały, pale, studnie, kesony, ściany szczelinowe. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający stwierdził, że wskazane przez Erbud S.A. roboty dotyczące Zespołu Zabudowy Mieszkaniowej Olimpia 2, Zespołu zabudowy mieszkaniowej Fort Bema oraz Budowy budynku mieszkalno-biurowego z parkingiem podziemnym Rezydencja Czerna spełniają wymogi Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 3, bowiem posiadają dwukondygnacyjne garaże podziemne. Natomiast z dokumentów złożonych przez Erbud S.A. dotyczących zadania – Budowa Pawilonu dydaktycznego dla potrzeb Wydziału Fizjoterapii Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, w ocenie Zamawiającego

jednoznacznie wynika, że Wykonawca ten wykonał obiekt budowlany z zastosowaniem głębokiego fundamentowania – konstrukcję wykonano na palach żelbetowych i żwirowych.

W zakresie oceny spełniania przez Erbud S.A. warunku postawionego w ogłoszeniu w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 5 Zamawiający ponownie przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 903/08, w świetle którego stwierdził, iż zadania Etap III Obiekt C lotniska w Goleniowie oraz II etap modernizacji sztucznego lodowiska TOR-TOR w Toruniu spełniają postawiony warunek udziału w postępowaniu.

To samo orzeczenie Izby Zamawiający wskazał stwierdzając, iż Konsorcjum Sando spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.3.I. ppkt 5.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum Warbud, które wniosło w dniu 29 października 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców nie spełniający warunku doświadczenia tj. Konsorcjum Mota-Engil, Erbud S.A. oraz Konsorcjum Sando.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Wskazał ponadto, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 903/08 odnosi się do odmiennego stanu faktycznego, a także, że orzeczenia Izby nie są wiążące przy rozpoznawaniu innych spraw.

Stwierdził także, że ustawodawca w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.) wprost wyróżnił wykonywanie obiektu budowlanego jako jeden z czterech rodzajów prac określających zakres pojęcia "budowa", przy czym wykonywanie obiektu budowlanego to odmienne pojęcie prawa budowlanego niż odbudowa, rozbudowa, nadbudowa czy przebudowa. Odwołujący zwrócił także uwagę na treść art. 3 pkt 7 i 7a ustawy Prawo budowlane stwierdzając również, iż skoro ustawodawca wprost wskazał na wykonywanie obiektu budowlanego jako czynność o znacznie węższym zakresie niż budowa, roboty budowlane czy przebudowa, to nie znajduje uzasadnienia pogląd, iż wykonanie obiektu budowlanego obejmuje swoim zakresem zarówno budowę tegoż obiektu, jak i jego przebudowę czy roboty budowlane. Odwołujący wskazał także na definicję głębokiego fundamentowania zawartą w normie PN-B-02481. Zgodnie z pkt 4.11 ww. normy fundament głęboki to „fundament przekazujący obciążenia z konstrukcji za pośrednictwem elementów sięgających w głębiej zalegające warstwy podłoża gruntowego, przy czym elementami konstrukcyjnymi przenoszącymi obciążenia mogą być: pale, studnie, kesony, elementy szczelinowe, masywy lub słupy zeskalonego gruntu”. Na tej podstawie Odwołujący uznał za błędne rozważania

Zamawiającego na temat konieczności przyjęcia definicji głębokiego fundamentowania na podstawie literatury, bowiem opiera się ona na normie PN-B-01280 uchylonej przez normę PN-B-02481.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Mota-Engil, Erbud S.A. oraz Konsorcjum Sando.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili w dniu 18 listopada 2008 r. Wykonawcy: Konsorcjum Mota-Engil, Erbud S.A. i Konsorcjum Sando po stronie Zamawiającego.

### **KIO/UZP 1254/09**

Na dokonaną przez Zamawiającego czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu protest złożyło w dniu 15 października 2008 r. również Konsorcjum POL-AQUA zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez wykluczenie Protestującego z udziału w postępowaniu mimo że złożył on wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że Protestujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do wskazanego przez Zamawiającego w informacji z dnia 8 października 2008 r. braku informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej pani Chany L. Protestujący stwierdził, iż niezależnie od treści wpisanych i uwidocznionych w Krajowym Rejestrze Sądowym członkiem organu zarządzającego jest wyłącznie osoba, którą w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powołano lub odwołano uchwałą wspólników. Ponadto zauważył, że członek zarządu może być w każdym czasie odwołany uchwałą wspólników. Powyższe stanowi, zdaniem Protestującego o tym, że wpis nazwiska osoby członka zarządu do Krajowego Rejestru Sądowego ma charakter deklaratoryjny, nie jest prawo kształtujący, a uwidocznienie ww. informacji w rejestrze ma na celu jedynie potwierdzenie określonego stanu rzeczy. Protestujący oświadczył, iż w okresie ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia pani Chana L. nie pełniła obowiązków członka zarządu spółki. Stwierdził, że nie przekazał wcześniej Zamawiającemu stosownego dokumentu potwierdzającego ten fakt z uwagi na to, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie żądał „prawidłowego wykazania za pomocą dokumentów, kto jest urzędującym członkiem organu zarządzającego danego wykonawcy”, zatem nie miał on obowiązku ani możliwości składania dokumentów innych niż te, których żądał w ogłoszeniu Zamawiający.

Protestujący wskazał na użyte przez Zamawiającego nieprawidłowe określenie „urzędujących członków władz”. Podniósł także, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie wskazał w jaki sposób wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mają składać dokumenty. Odesłanie w tym zakresie do rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 1996 r. Nr 87, poz. 605) uczynione przez Zamawiającego Protestujący uznał za nieprawidłowe.

Odnosząc się do zarzucanego przez Zamawiającego braku wykazania się 5-letnim doświadczeniem zawodowym w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią przez osobę wskazaną jako kierownik robót zieleni Protestujący zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający żądał wskazania jednej osoby na ww. stanowisko. Wobec powyższego, Protestujący wyraził zdziwienie wobec nie uznania przez Zamawiającego za potwierdzających spełnianie ww. warunku dokumentów dotyczących pana Józefa S.

Dodatkowo postawił zarzut, iż Zamawiający zmienił w trakcie postępowania sposób obliczania okresu doświadczenia osoby wskazanej przez Protestującego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem Protestującego, z uwagi na wymóg wykazania co najmniej 5-letniego doświadczenia w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią, pan S., który od 2003 r. realizował ww. zamówienia, spełnia powyższy wymóg.

Protestujący wskazał także na inne wady przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podniósł, iż z analizy pełnomocnictwa udzielonego panu Pawłowi B. jednoznacznie wynika, że przedmiotowe postępowanie powinno być prowadzone w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa reprezentowanego przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Miasta Stołecznego Warszawy. Stwierdził, że Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jest jednostką budżetową Miasta Stołecznego Warszawy i jedynie pełnomocnikiem Zamawiającego, którym są faktycznie działający wspólnie Skarb Państwa i samorząd gminny. Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta stanowi wyodrębniony organizacyjnie zespół ludzi i środków, powołany do realizacji kompetencji gminy i nie może być utożsamiany z osobą prawną prowadzącą postępowanie. Protestujący wskazał na treść Statutu Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta (załącznik nr 1 do Uchwały Nr LVI/1519/2005 Rady miasta stołecznego Warszawy z dnia 8 lipca 2005 r. w sprawie statutu jednostki budżetowej m. st. Warszawy pod nazwą Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta). Mając powyższe na uwadze Protestujący stwierdził, iż zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu informacja o zamawiającym wprowadza wykonawców w błąd i czyni ogłoszenie wadliwym,

co z kolei powoduje, iż postępowanie obarczone jest wadą prowadzącą do zawarcia umowy nieważnej z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uznanie, że Protestujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, poinformowanie o wynikach oceny spełniania warunków i otrzymanych ocenach wraz z przekazaniem zaproszenia do składania ofert i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, alternatywnie wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosiło w dniu 17 października 2008 r. Konsorcjum Mota-Engil.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 24 października 2008 r. przez jego odrzucenie w zakresie zarzutu dotyczącego błędnego określenia nazwy Zamawiającego i oddalenie w zakresie pozostałych zarzutów.

Zamawiający stwierdził, iż Protestujący zarówno w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień nie przedstawił dokumentów lub faktów, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł, iż Protestujący złożył wydruk szczegółowych informacji dotyczących spółki E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd, z którego wynika, że członkami zarządu tej spółki są trzy osoby dołączając zaświadczenie o niekaralności dotyczące jednej z ww. osób. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 września 2008 r. uzupełnił dokument dotyczący drugiego z członków zarządu nie przedstawiając żadnego dokumentu ani wyjaśnień odnoszących się do sytuacji faktycznej lub prawnej trzeciego z członków zarządu. Powyższe, w ocenie Zamawiającego, stanowi podstawę do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ponadto wywiódł, iż załączone do protestu dokumenty nie potwierdzają faktu zawieszenia pani Chany L. w pełnieniu funkcji członka zarządu w dacie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w okresie postępowania. Z oświadczenia z dnia 15 października 2008 r. wynika jedynie, że pani L. była zawieszona w tym dniu w pełnieniu obowiązków dyrektora firmy, co nie jest, zdaniem Zamawiającego, tożsame z zawieszeniem w pełnieniu obowiązków członka zarządu. Protestujący nie wykazał, że są to funkcje tożsame. Protestujący, w ocenie Zamawiającego, nie wykazał także, że uchwała zarządu Nr 20/2008 spółki E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd jest uchwałą podjętą przez właściwy organ tej spółki.

Zamawiający stwierdził, iż użyty w ogłoszeniu o zamówieniu zapis „urzędujących członków władz” nie ma znaczenia dla podjętej przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Protestującego z postępowania – Zamawiający kierował się treścią przepisów prawa. Dodatkowo Zamawiający stoi na stanowisku, iż zawieszony członek zarządu jest urzędującym członkiem zarządu. Stwierdził również, iż na żadnym etapie postępowania, mimo wezwania do złożenia dokumentów lub wyjaśnień odnośnie dwóch członków zarządu, Protestujący nie wskazał na fakt zawieszenia członka zarządu pani Langer, wobec czego Zamawiający nie miał o tym wiedzy podejmując decyzję o wykluczeniu Protestującego z postępowania. Podkreślił, iż w przypadku, gdy wpis dokonany w rejestrze nie jest zgodny ze stanem faktycznym, to podmiot wywodzący z tych rozbieżności skutki prawne powinien fakt ten wykazać i udokumentować.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykazania się przez Wykonawcę dysponowaniem jedną osobą posiadającą 5-letnie doświadczenie w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią Zamawiający zauważył, iż z załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów nie wynikało 5 letnie doświadczenia pana Rafała P., nie wykazano również zamówień związanych z gospodarką zielenią zrealizowanych przez pana Józefa S., nie podano też innych informacji wymaganych w ogłoszeniu. Wobec powyższego Zamawiający wezwał w dniu 17 września 2008 r. Protestującego do uzupełnienia informacji dotyczących doświadczenia pana P. lub do uzupełnienia Wykazu osób przez wskazanie innej osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót zieleni. Zamawiający po analizie złożonych wyjaśnień stwierdził, iż Protestujący nie spełnia postawionego warunku.

Nie zgodził się przy tym z twierdzeniem Protestującego o zmianie sposobu obliczania okresu doświadczenia. Podkreślił, iż wymagał wskazania w Wykazie osób czasu (od...do...), w którym dana osoba uczestniczyła w wykonywaniu stosownych zamówień. Zamawiający nie kwestionując faktu, iż pan S. w 2003 r. realizował zamówienia związane z gospodarką zielenią zwrócił uwagę, iż realizacja zamówienia nastąpiła w okresie od 1 marca 2003 r. do 15 maja 2003 r., zatem, w ocenie Zamawiającego, nie sposób jest przyjąć w ww. przypadku, iż osoba ta posiada roczne doświadczenie w realizowaniu tego typu zamówień.

Zarzut dotyczący błędnego wskazania Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający uznał za spóźniony – ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 26 czerwca 2008 r. Niezależnie od powyższego wskazał, iż Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jest samorządową jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej i jednocześnie jednostką sektora finansów publicznych. Zdaniem Zamawiającego, powyższy status Zarządu wypełnia dyspozycję art. 2 pkt 12 oraz art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, niezależnie od udzielonych pełnomocnictw, jest

podmiotem uprawnionym do występowania jako zamawiający jako jednostka miasta stołecznego Warszawy wydzielona organizacyjnie z jego struktury, której przekazano do dyspozycji środki służące do realizacji zadania będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i mieszczącego się w jej zadaniach statutowych. Wyjaśnił dalej, iż w toku przygotowywania realizacji inwestycji będącej przedmiotem zamówienia Skarb Państwa i Miasto Stołeczne Warszawa zdecydowały o wspólnym udzieleniu zamówienia i wskazały jako zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa. Miasto z kolei wyznaczyło Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jako zamawiającego, na co Minister Kultury działający w imieniu Skarbu Państwa wyraził zgodę. Przyjęte rozwiązanie zostało podjęte w oparciu o art. 16 ustawy Pzp – Miasto, jako wyznaczony zamawiający, realizuje zadanie przez swoją jednostkę nie będącą odrębnym podmiotem w obrocie prawnym, gdyż Zarząd jako jednostka budżetowa korzysta z osobowości prawnej gminy i nie jest pełnomocnikiem zamawiającego w rozumieniu art. 15 ustawy Pzp. Wobec powyższego, Zamawiający uznał sporne zapisy ogłoszenia o zamówieniu za prawidłowe.

Wobec powyższego, Konsorcjum POL-AQUA wniosło w dniu 29 października 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i podtrzymując argumentację tam zawartą.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz uznanie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, poinformowanie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach wraz z przekazaniem zaproszenia do składania ofert i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, alternatywnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum Mota-Engil w dniu 18 listopada 2008 r.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że obaj Odwołujący posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający ich do wniesienia środków ochrony prawnej. Podkreślenia wymaga fakt, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, w którym protest na czynność oceny przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy uprawnieni są wносить jedynie na obecnym etapie postępowania.

### **KIO/UZP 1252/08**

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego Konsorcjum Warbud w zakresie zarzutów dotyczących oceny przez Zamawiającego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Mota-Engil. Podniesione zarzuty dotyczyły spełniania przez Konsorcjum Mota-Engil warunków postawionych w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 2, 4 i 5 ogłoszenia o zamówieniu. W sekcji III pkt 2.3.I ppkt 2 Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu budynku o charakterze „użyteczności publicznej” i wartości zamówienia co najmniej 100.000.000 zł brutto. W sekcji II pkt 2.3.I ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił warunek wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu obiektu budowlanego z elementami wielkogabarytowej konstrukcji stalowej o łącznym tonażu co najmniej 600 ton, z elementami spawanymi na budowie. Z kolei w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 5 ogłoszenia wymagał wykazania się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu obiektu budowlanego z elementami konstrukcji przestrzennej krzywoliniowej wykonanej ze stalowych rur lub/i kształtowników. Zamawiający zastrzegł przy tym, że jako wykonane zamówienia rozumie takie zamówienia, których przedmiot umowy został odebrany przez zamawiającego jako należycie wykonane. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił znaczenie sformułowania „budynek użyteczności publicznej”, przez który Zamawiający rozumie, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.), budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi

bankowej, handlu, gastronomii, usług turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynek biurowy i socjalny.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Warbud, Konsorcjum Mota-Engil nie wykazało, że Wykonawca ten wykonał budynek czy też obiekt budowlany, a jedynie ze dokonał rozbudowy już istniejącego obiektu budowlanego. Izba po analizie złożonych przez Konsorcjum Mota-Engil dokumentów stwierdziła, że na potwierdzenie spełnienia ww. warunków Wykonawca wskazał na zrealizowane przez siebie zamówienie - "Przekształcenie i rozbudowa Portu Lotniczego im. Francisco Se Carneiro (Porto) - ASC 2000 -"Piers" i "Busgates" - tunele techniczne i korpus centralny portu lotniczego - wiadukt łączący pomiędzy "Curbsides" opisując jednocześnie zakres rzeczowy wykonanych prac (strona 25 wniosku) i załączając dokument potwierdzający jego należyte wykonanie (strona 29 – 32 wniosku). Dodatkowo, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonanego przez Zamawiającego dniu 17 września 2008 r. Konsorcjum Mota-Engil złożyło pismem z dnia 25 września 2008 r. wyjaśnienia załączając zmodyfikowany Wykaz wykonanych robót budowlanych, zdjęcie z placu budowy oraz dokument potwierdzający jego należyte wykonanie.

Istota sporu sprowadza się do interpretacji użytego przez Zamawiającego słowa „wykonanie”. Wobec braku zdefiniowania w ustawie Prawo budowlane przedmiotowego pojęcia, a także z uwagi na nie dookreślenie ww. sformułowania przez Zamawiającego Izba stwierdziła, przychylając się do stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z dnia 15 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 807/08, KIO/UZO 903/08, KIO/UZP 929/08, że właściwe jest posługiwanie się w tych okolicznościach możliwie najszerszym, potocznym rozumieniem ww. słowa tak, aby w nieuzasadniony i nieuprawniony sposób nie przyczynić się do zawężenia kręgu wykonawców zdolnych wykonać przedmiotowe zamówienie. W związku z powyższym za wykonanie należy uznać także rozbudowę, która często sprowadza się do robót tożsamyh z wykonaniem pierwotnego budynku, ale również robót bardziej skomplikowanych w związku z koniecznością dokonania zmian w już istniejących obiektach. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż wykazana przez Konsorcjum Mota-Engil robota budowlana polegająca na rozbudowie portu lotniczego stanowi wykonanie budynku, zgodnie z wymogiem Zamawiającego.

Wykonawcy Erbud S.A. Odwołujący Konsorcjum Warbud zarzucił nie wykazanie spełnienia warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 3 i 5. W sekcji III pkt 2.3.I ppkt 3 ogłoszenia Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu fundamentów obiektu budowlanego

z zastosowaniem głębokiego fundamentowania. Odwołujący stwierdził, iż żadna z inwestycji przedstawionych przez Erbud S.A. w Wykazie (strona 36 wniosku) nie może być uznana za rodzaj głębokiego fundamentu. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący Konsorcjum Warbud złożyło Opis techniczny budynku Wydziału Fizjoterapii Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, pismo prof. dr hab. inż. Lecha Wysokińskiego Kierownika Zakładu Geotechniki i Fundamentowania Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie z dnia 14 października 2008 r. oraz przytoczyło definicję „głębokiego fundamentowania” zawartą w normie PN-B-02481.

Z kolei Zamawiający podkreślał brak legalnej definicji określenia „głębokie fundamentowanie” oraz rozbieżności w doktrynie w tym zakresie. Złożył pismo prof. dr hab. inż. Lecha Wysokińskiego z dnia 15 listopada 2008 r., przywołał także fragmenty publikacji na temat fundamentowania. Stwierdził, że wskazane przez Erbud S.A. roboty dotyczące Zespołu Zabudowy Mieszkaniowej OLIMPIA 2, Zespołu zabudowy mieszkaniowej Fort Bema oraz Budowy budynku mieszkalno-biurowego z parkingiem podziemnym Rezydencja Czerska spełniają wymogi Zamawiającego, bowiem posiadają dwukondygnacyjne garaże podziemne. W ocenie Zamawiającego, również zadanie – Budowa Pawilonu dydaktycznego dla potrzeb Wydziału Fizjoterapii Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, wykonane zostało z zastosowaniem głębokiego fundamentowania – konstrukcję wykonano na palach żelbetowych i żwirowych.

Izba, po analizie złożonych w sprawie dowodów oraz oświadczeń stron stwierdziła, iż w istocie, istnieją rozbieżności w doktrynie w zakresie interpretacji określenia „głębokie fundamentowanie”. Część specjalistów zalicza do ww. rodzaju fundamentu zarówno fundamenty bezpośrednie, jak i pośrednie, inni z kolei jako głębokie postrzegają wyłącznie fundamenty pośrednie. Nie ma przy tym znaczącego charakteru definicja przytoczona w normie PN-B-02481, jako że norma ta nie ma charakteru obligatoryjnego. Wobec ww. rozbieżności oraz z uwagi na brak zdefiniowania tego pojęcia przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający zobowiązany jest stosować szerokie rozumienie ww. określenia, w świetle czego zarzut nie wykazania przez Erbud S.A. spełniania warunku określonego w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 3 ogłoszenia należy uznać za bezzasadny. Izba nie dała wiary pismom prof. dr hab. inż. Lecha W. jako opiniom prywatnym.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego spełniania przez Erbud S.A. warunku określonego w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący Konsorcjum Warbud podniosło, że wykazane na stronie 43 wniosku roboty: Przebudowa i rozbudowa terminali pasażerskich - Etap III Obiekt C lotniska w Goleniowie oraz II etap modernizacji sztucznego lodowiska TOR-TOR w Toruniu nie spełniają postawionego warunku, bowiem są to roboty budowlane polegające na przebudowie, rozbudowie bądź modernizacji już istniejących obiektów budowlanych, a nie na wykonaniu obiektu budowlanego. Z kolei

w zakresie inwestycji „Zaprojektowanie i budowa budynku odpraw autobusów na przejściu granicznym w Krościenku” Odwołujący Konsorcjum Warbud postawiło zarzut, iż obiekt ten nie zawiera elementów konstrukcji przestrzennej krzywoliniowej wykonanej ze stalowych rur lub kształtowników.

Zamawiający przytaczając argumenty tożsame jak w przypadku zarzutów dotyczących Konsorcjum Mota-Engil uznał, iż zadania Etap III Obiekt C lotniska w Goleniowie oraz II etap modernizacji sztucznego lodowiska TOR-TOR w Toruniu spełniają postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę Wykaz ważniejszych obiektów (strona 43 wniosku Erbud S.A.) oraz listy referencyjne (strona 44 i 46 wniosku), a także uzupełnienie dokonane pismem z dnia 26 września 2008 r. Izba podtrzymuje stanowisko zawarte powyżej stwierdzając, iż wykonaniem obiektu budowlanego jest również rozbudowa, przebudowa czy modernizacja obiektu budowlanego, a tym samym za prawidłową uznaje dokonaną przez Zamawiającego ocenę Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Erbud S.A. Podkreślić przy tym należy, iż warunkiem jest zrealizowanie jednej roboty budowlanej z elementami konstrukcji przestrzennej krzywoliniowej wykonanej ze stalowych rur lub/i kształtowników.

Przedstawione powyżej stanowisko Izby w zakresie interpretacji sformułowania „wykonanie obiektu budowlanego” odnosi się także do zarzutu dotyczącego nie wykazania przez Konsorcjum Sando spełniania warunku określonego w sekcji III pkt 2.3.I. ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu z uwagi na podnoszone przez Konsorcjum Warbud zrealizowanie przybudowy, a nie wykonania obiektu budowlanego. Z Wykazu wykonanych robót (strona 197 – 203 wniosku Konsorcjum Sando), złożonych referencji oraz uzupełnienia dokonanego przez Konsorcjum Sando w dniu 26 września 2008 r. wynika, iż zadanie „Przebudowa stadionu piłkarskiego La Rosaleda w Maladze” polegało m.in. na wyburzeniu istniejących struktur, wykonaniu fundamentów, struktury obiektu, stalowej konstrukcji przestrzennej wielkogabarytowej, krzywoliniowej z rur i kształtowników. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **KIO/UZP 1254/08**

Izba za niezasadny uznała zarzut Odwołującego Konsorcjum POL-AQUA dotyczący braku informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej pani Chany L. Izba przychyliła się do twierdzeń Odwołującego o deklaratoryjnym charakterze wpisu członków zarządu do

Krajowego Rejestru Sądowego. Jednak z dokumentacji postępowania wynika, iż zgodnie ze złożonym przez Konsorcjum POL-AQUA tłumaczeniem przysięgłym dokumentu dotyczącego spółki E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd, członkami zarządu spółki są trzy osoby – Chana L., Gila G. i Cob L. I. J. Okolicznością bezsporną jest, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący załączył informację o niekaralności dotyczącą tylko jednej osoby. Wobec stwierdzenia powyższego, Zamawiający pismem z dnia 17 września 2008 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów poświadczających niekaralność dwóch osób wymieniając je z imienia i nazwiska – Chana L. i Gila G. Odwołujący zatem nie mógł mieć wątpliwości co do sposobu oceny przez Zamawiającego złożonych dokumentów. Mimo tego, w odpowiedzi na wezwanie, w dniu 24 września 2008 r. Konsorcjum POL-AQUA przekazało jedynie informację dotyczącą pani Gily G., nie składając żadnych wyjaśnień ani dokumentów w zakresie Chany L.

Izba biorąc pod uwagę powyższe stwierdziła, iż nie sposób postawić Zamawiającemu zarzutu niewłaściwej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum POL-AQUA w tym zakresie. Zadaniem Odwołującego było bowiem dołożenie staranności, aby złożyć wszelkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Konsorcjum, mimo jednoznacznego wezwania do ich uzupełnienia nie uczyniło powyższego. Okolicznością stanowiącą usprawiedliwienie nie może być przy tym użycie przez Zamawiającego sformułowania „urzędujących członków władz”, bowiem Wykonawcy zobowiązani są również do znajomości podstaw prawnych prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, jak wynika ze złożonych dokumentów, sformułowanie to nie budziło wątpliwości Odwołującego, który złożył dokumenty dotyczące wyłącznie członków zarządu poszczególnych Członków Konsorcjum, a nie np. dokumenty dotyczące członków rad nadzorczych. Okolicznością mającą wpływ na ocenę złożonych dokumentów nie może być również przywołanie w treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dokumentów składanych przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicą terytorium Rzeczypospolitej Polskiej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2008 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, mimo, iż prawidłowym działaniem Zamawiającego byłoby wskazanie poszczególnych dokumentów. Nawet jeśli Konsorcjum POL-AQUA nie posiada znajomości ww. aktu prawnego, Zamawiający w wezwaniu z dnia 17 września 2008 r. przytoczył już treść rozporządzenia. Odwołujący nie mógł mieć zatem wątpliwości jakie dokumenty, dotyczące których osób powinien złożyć. W przypadku, gdy dane stwierdzone w informacji dotyczącej spółki E.D.C. Engineering & Development, Consultants Co. Ltd w zakresie członków zarządu stały się nieaktualne, Odwołujący zobowiązany był poinformować o tym Zamawiającego składając

stosowne wyjaśnienia i dokumenty. Wyjaśnienia złożone na etapie protestu Izba uznała za spóźnione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykazania się 5-letnim doświadczeniem zawodowym w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią przez osobę wskazaną jako kierownik robót zieleni oraz zarzutu dotyczącego zmiany przez Zamawiającego sposobu obliczania doświadczenia poszczególnych osób w trakcie trwania postępowania Izba uznała, że zarzuty ten nie potwierdziły się. Warunek postawiony przez Zamawiającego w sekcji III pkt 2.3.I ppkt 10 ogłoszenia o zamówieniu brzmi: „Dysponuje co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót zieleni posiadającą wykształcenie co najmniej średnie kierunkowe: ogrodnicze lub architektura krajobrazu lub tereny zielone, która wykaże się co najmniej 5 letnim doświadczeniem w realizowaniu zamówień związanych z gospodarką zielenią”. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający żądał złożenia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zawierającego imię i nazwisko, posiadane wykształcenie, nazwę szkoły/uczelni, nr świadectwa/dyplomu, nazwę i adres firmy (aktualne dane), w której osoba pracowała wykonując pracę polegającą na gospodarce zielenią, wykaz zrealizowanych zamówień związanych z gospodarką zielenią z podaniem charakterystyki rzeczowej zrealizowanych zamówień, czasu (od...do...), w którym osoba uczestniczyła w wykonywaniu zamówień wymienionych w wykazie zrealizowanych zamówień związanych z gospodarką zielenią (sekcja III pkt 2.3.II ppkt 3 ogłoszenia).

Konsorcjum POL-AQUA wskazało dwie osoby na stanowisko kierownika robót zieleni – pana Józefa S. oraz pana Rafała P.. W zakresie doświadczenia ww. osób Odwołujący wskazał odnośnie pana S. jedynie na fakt, iż osoba ta posiada 10 letnie doświadczenie. Odnosząc się do pana P. Konsorcjum wskazało na 5 lat doświadczenia i wymieniło „ostatnio zrealizowane usługi”. Zamawiający, uznając powyższe informacje za nie potwierdzające spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, wezwał Wykonawcę w dniu 17 września 2008 r. do uzupełnienia Wykazu przez podanie co najmniej 5 letniego doświadczenia zawodowego pana Rafała P. lub przez wskazanie innej osoby, która spełnia postawiony warunek. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący pismem z dnia 24 września 2008 r. złożył wyjaśnienie, w którym stwierdził, iż pan Józef S. spełnia warunek udziału w postępowaniu i zostanie wyznaczony na funkcję kierownika robót załączając wykaz ostatnio zrealizowanych przez tą osobę usług, natomiast w zakresie pana P. stwierdził, iż „referencje pana Rafała P. zostały załączone jako osoby dodatkowej współpracującej, ale nie koniecznej do spełnienia ww. warunku”. Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnia ww. warunku obliczając wykazane okresy doświadczenia na podstawie danych dotyczących zrealizowanych usług zawartych w wykazach.

W ocenie Izby, działanie Zamawiającego należy uznać za uprawnione. Na zastosowany przez Zamawiającego sposób obliczania okresu doświadczenia wskazywała wymagana przez Zamawiającego i uwzględniona przez Odwołującego treść Wykazu osób – Odwołujący wykazał doświadczenie w zrealizowaniu poszczególnych zamówień wskazując dokładne daty ich realizacji (dzień, miesiąc i rok). W związku z powyższym przy obliczaniu okresu doświadczenia powinny znaleźć zastosowanie art. 111 i następane ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

Zarzut dotyczący prawidłowości wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu instytucji zamawiającego należy uznać za spóźniony - Odwołujący uchybił terminowi na wniesienie protestu dotyczącego treści ogłoszenia formułując zarzut dopiero w proteście na czynność oceny przez Zamawiającego wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednakże z uwagi na wskazanie na powyższą okoliczność jako przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba postanowiła odnieść się do podniesionego zarzutu. Izba za wiarygodne uznała oświadczenie złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu, iż zadanie pod nazwą „Budowa Muzeum Historii Żydów Polskich” jest zadaniem powierzonym Miastu Stołecznemu Warszawie oraz ujętym w wieloletnim programie inwestycyjnym przyjętym przez Radę Miasta. Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jest jednostką organizacyjną Miasta Stołecznego Warszawy prowadzoną w formie jednostki budżetowej (§ 2 ust. 1 Załącznika do uchwały Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 8 lipca 2005 r. Nr LVI/1519/2005), której Miasto może na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) powierzyć wykonywanie zadań gminy. Co więcej, zgodnie z pkt 1 § 3 Statutu Zarządu, przedmiotem działalności Zarządu jest obsługa procesów inwestycyjnych w odniesieniu do kluczowych zadań inwestycyjnych wskazanych przez Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy. W związku z powyższym oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 maja 2008 r. udzielonego przez Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy panu Pawłowi B. pełniącemu obowiązki Dyrektora Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta stwierdzić należy, iż Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jest uprawniony do reprezentowania Miasta Stołecznego Warszawy w sprawach związanych z realizacją powierzonych inwestycji, w tym zadania pod nazwą „Budowa Muzeum Historii Żydów Polskich”. Wprawdzie prawidłowe byłoby wskazanie w ogłoszeniu jako zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, jednak wobec statusu Zarządu, udzielonych pełnomocnictw oraz złożonych oświadczeń Izba uznała, że wskazanie wyłącznie na Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta jako zamawiającego nie wyczerpuje przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, przywołana przez

Odwołującego podstawa prawna unieważnienia tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa jest nieważna, jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie ma w przedmiotowym stanie faktycznym zastosowania.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....