

WYROK
z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rafała Kuszę, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: BUILDEX Rafał Kusza z siedzibą: ul. Kwiatowa 4, 39-100 Ropczyce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Uzdrowiskowe Ciechocinek S.A., ul Kościuszki 10, 87-720 Ciechocinek**, protestu z dnia 15 maja 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Stabilator Sp. z o.o., ul. Szymanowskiego 2, 80-280 Gdańsk**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Rafała Kuszę, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: BUILDEX Rafał Kusza z siedzibą: ul. Kwiatowa 4, 39-100 Ropczyce** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Rafała Kuszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: BUILDEX Rafał Kusza z siedzibą: ul. Kwiatowa 4, 39-100 Ropczyce;**

-
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rafała Kuszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: BUILDEX Rafał Kusza z siedzibą: ul. Kwiatowa 4, 39-100 Ropczyce.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Remont zabytkowej Tężni Nr 2 - etap V na odcinku 155,10 (od podpory Nr 10 do 37A) - CPV 45220000-5, 45220000-9 Roboty inżynierskie i budowlane, 45223000-6 Konstrukcje”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez **Rafała Kuszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: BUILDEX Rafał Kusza z siedzibą w Robczycach, zwanego dalej „Odwołującym”,** zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 marca 2009 r. (nr ogłoszenia: 65226). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, **Przedsiębiorstwo Uzdrowiskowe Ciechocinek S.A.,** zwane dalej „Zamawiającym”.

W postępowaniu tym Zamawiający, pismem z dnia 12 maja 2009 r., poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty **Stabilator Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni (dalej: „Stabilator”) oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jako podstawę faktyczną takiej decyzji Zamawiający wskazał, że w postępowaniu

ofertę złożył Pan Rafał Kusza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BUILDEX, który rozpoczął swoją działalność z momentem wpisu do ewidencji działalności gospodarczej tj. z dniem 13 lutego 2009 r. Tymczasem odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wykonawca ten złożył:

- 1) oświadczenie, że firma przez niego prowadzona w Polsce jest sukcesorem firmy BUILDEX Rafał Kusza w USA,
- 2) dokument rejestracyjny wystawiony w dniu 18 lutego 2004 r. przez Departament Pracy i Rozwoju Gospodarczego Stanu Michigan,
- 3) zeznanie podatkowe Pana Rafała Kuszy za rok 2007 i 2008.

2

Zamawiający podniósł, że przedstawione przez Odwołującego oświadczenie jest oświadczeniem nieprawdziwym. Zdaniem Zamawiającego z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów wynika, że Pan Rafał Kusza, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BUILDEX Rafał Kusza nie jest sukcesorem Firmy BUILDEX Rafał Kusza działającej w USA oraz to, że taki podmiot na terenie USA nie istniał. Z przedstawionego dokumentu rejestracyjnego Departamentu Pracy i Rozwoju Gospodarczego Stanu Michigan z dnia 18 lutego 2004 r. wynika, że pod numerem B 19-07P zarejestrowany jest podmiot pod firmą BUILDEX Construction Company L.L.C. z siedzibą 13206 Tonabee Dr, Sterling Hts, Michigan, 48313. W tym zatem przypadku – w ocenie Zamawiającego – mamy do czynienia z podmiotem, którym jest odpowiednik naszej spółki z o.o., a nie z działalnością prowadzoną na własny rachunek przez Pana Rafała Kuszę w USA. Tym samym nie można też mówić o pojęciu sukcesji pomiędzy tymi dwoma różnymi podmiotami. Bez znaczenia – zdaniem Zamawiającego – jest również okoliczność, że Pan Rafał Kusza był jedynym wspólnikiem spółki amerykańskiej, ponieważ w przypadku spółki z o.o. (odpowiednik amerykański: spółka L.L.C.) mamy do czynienia z odrębnym od wspólnika podmiotem prawa.

Zamawiający podniósł również, że nieprawdziwe są oświadczenia Odwołującego będące odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, z którego wynika, że przedstawił on bilans za lata 2007 i 2008 Firmy BUILDEX Rafał Kusza, działającej w USA. W ocenie Zamawiającego żadnych takich dokumentów Odwołujący nie przedstawił z uwagi na to, że wskazany podmiot w USA nie istniał. W ocenie Zamawiającego Odwołujący przedłożył własne, osobiste zeznania podatkowe, z których wynika, że uzyskiwał on również dochody z uczestnictwa w spółce BUILDEX Construction Company L.L.C.

Odwołujący w piśmie z dnia 15 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) w związku ze wskazanymi czynnościami Zamawiającego złożył protest. W proteście wskazał na bezprawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz na dokonanie wyboru oferty Stabilator jako oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc wskazane zarzuty wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1.

W związku z podniesionymi zarzutami wniósł on o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, czynności uznania jego oferty za odrzuconą oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ czynność ta została dokonana bez uwzględnienia oferty Odwołującego;

3

- 2) dokonania czynności oceny złożonych ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Po pierwsze, że Zamawiający zaprzecza sobie z jednej strony twierdząc, że Odwołujący rozpoczął swoją działalność od dnia 13 lutego 2009 r., a z drugiej strony żądając dokumentów potwierdzających wykonywanie zleceń przez tę firmę przed rozpoczęciem działalności w Polsce, a więc prac wykonywanych na terenie USA.

Po drugie stwierdził, że nawet w przypadku nie uwzględnienia przez Zamawiającego

prac wykonywanych przez jego firmę działającą w USA do oferty zostały załączone dokumenty odpowiadające działalności firmy w Polsce od dnia 13 lutego 2009 r., co potwierdza spełnianie wymogów SIWZ. Podniósł też, że niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, zatem niedopuszczalna jest w tym trybie kwalifikacja wstępna wykonawców umożliwiającą złożenie oferty wyłącznie określonym wykonawcom.

Po trzecie podniósł, że firma BUILDEX Construction Company L.L.C., działająca w USA, pomimo określenia w nazwie L.L.C. (Limited Liability Company) w myśl przepisów prawnych USA nie jest traktowana jako osobna jednostka od właściciela. Powyższe wynika – zdaniem Odwołującego – z błędnego tłumaczenia angielskiego słowa „Company” jako „spółka”, podczas gdy powinno ono być tłumaczone jako „firma”. Wskazał, że amerykańska firma BUILDEX nie posiada osobowości prawnej i nie może stanowić odrębnego od właściciela (Rafała Kuszy) podmiotu praw i obowiązków. Podniósł, że aby oddzielić właściciela jednoosobowej firmy (L.L.C.) od Firmy (Company) właściciel tej firmy w USA musi złożyć dodatkowe dokumenty (Organizational Agreement) z dwoma podpisami - z jednym jako właściciel i z drugim jako Firma. Taka sytuacja w odniesieniu do amerykańskiej Firmy BUILDEX nie miała miejsca. Podkreślił on również, że przywołany dokument musi być obligatoryjnie złożony, w sytuacji gdy firma jest zakładana przez więcej niż jedną osobę, a taka sytuacja w odniesieniu do amerykańskiej Firmy BUILDEX także nie miała miejsca. Tym samym Odwołujący w proteście stwierdził, że nie złożył nieprawdziwych informacji. Złożone przez niego oświadczenie w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów należy odczytywać łącznie ze złożonymi dokumentami (załącznikami). Użyte w oświadczeniu określenie: „Firma *BUILDEX Rafał Kusza działająca w USA*” zostało przywołane zgodnie z określeniem użytym przez samego Zamawiającego. Odwołujący wskazał również na możliwość korzystania w świetle prawa amerykańskiego z dodatkowej nazwy firmy.

Po czwarte co do oświadczenia dotyczącego bilansu za lata 2007 i 2008 Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Treasury Regulations Section 301.7701 – 1, 2, 3 amerykańska Firma

L.L.C. posiadająca jednego właściciela jest automatycznie traktowana jako rodzaj działalności nie mogącej egzystować w oderwaniu od właściciela i w takiej sytuacji ta gospodarcza osoba fizyczna rozlicza swe podatki w oparciu o druk 1040 Schedule C, co wynika z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów. Tym samym również w tym zakresie Odwołujący nie podał nieprawdziwych informacji.

Po piąte Odwołujący w proteście zwrócił uwagę na to, że oferta Stabilator, droższa od oferty Odwołującego, została przez Zamawiającego wybrana w sposób nieprawidłowy i sprzeczny z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Na skutek wezwania Zamawiającego doręczonego Stabilator w dniu 20 maja 2009 r. swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odpierając podnoszone zarzuty i wnosząc o oddalenie protestu, firma ta złożyła w dniu 22 maja 2009 r.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest pismem z dnia 27 maja 2009 r., doręczonym w tej samej dacie Odwołującemu. Rozstrzygnięciem tym Zamawiający protest oddalił w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podtrzymał swoją dotychczasową argumentację, która stała się podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu przedłożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji. Zamawiający ponownie podniósł, że pomiędzy działalnością gospodarczą, prowadzoną przez Rafała Kusza na terenie Polski na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, a jego udziałem w Spółce z o.o. (L.L.C.), działające w oparciu o prawo federalne oraz prawo stanu Michigan nie można mówić o jakiegokolwiek sukcesji. W żadnym bowiem przypadku działalność wykonywana przez Pana Rafała Kuszy w ramach spółki z o.o. (L.L.C.) nie może być postrzegana jako odpowiednik osobiście prowadzonej działalności gospodarczej na terenie Polski.

Również co do przedłożonych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów co do potwierdzenia sytuacji finansowej wykonawców Zamawiający podtrzymał swoją argumentację o tym, że są to wyłącznie osobiste zeznania podatkowe Pana Rafała Kuszy,

potwierdzające jedynie, że uzyskiwał on dochody z uczestnictwa w amerykańskiej spółce z o.o.

Zamawiający odniósł się również w rozstrzygnięciu protestu do argumentacji Odwołującego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, nawet przy uwzględnieniu jedynie jego doświadczenia uzyskanego w zakresie swojej działalności prowadzonej w Polsce. Zamawiający wskazał, że zgodnie z wymogiem SIWZ zmodyfikowanym na skutek odpowiedzi na zapytania do SIWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie robót

podobnych do przedmiotu przetargu lub robót o podobnej konstrukcji inżynierskiej, wykonanych w drewnie. Zamawiający udzielił również odpowiedzi na zapytanie do SIWZ z której wynika, że oferta wykonawcy zostanie odrzucona na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nie wykaże się on realizacją robót budowlanych, odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że podane przez niego pierwotnie wielkości dotyczące wartości netto robót (1,5 mln zł) oraz ilości wbudowanego drewna w obiekt zabytkowy (300 m³) są jedynie danymi, które pozwolą zorientować się wykonawcom, jakie wielkości są przez Zamawiającego uznawane za odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Co do robót przedstawionych przez Pana Rafała Kuszę z zakresu jego działalności w Polsce została zaprezentowana wyłącznie jedna praca, tj. I etap przebudowy podłogi wraz z konstrukcją drewnianą o wartości 3 500 zł. Tym samym robota ta nie odpowiada ani wartościowo, ani rodzajowo przedmiotowi zamówienia, a ponadto jest to jedna robota, podczas gdy Zamawiający użył sformułowania roboty, a więc w liczbie mnogiej.

Zamawiający podniósł również, że roboty wykonywane w USA w ramach L.L.C. także nie odpowiadają swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia:

- 1) wykazywana renowacja budynku o charakterze zabytkowym w konstrukcji drewnianej zrealizowana w 2005 r. o wartości 940 tys. zł - jak wynika z treści referencji obejmowała zastosowanie udogodnień codziennego użytku budynku, a zatem była to zmiana przeznaczenia budynku, a nie jego renowacja;
- 2) wykazywana budowa obiektu w konstrukcji drewnianej z 2006 r. o wartości 2097 tys. zł – praca dotyczy robót budowlanych nowego budynku, a nie renowacji już istniejącego;
- 3) wykazywana renowacja przystani dla łodzi w latach 2006 – 2007 o wartości 2 812 000 zł – zamówienie dotyczy prac na obiekcie częściowo betonowym, zatem nie wiadomo jaki był udział prac Odwołującego wykonywanych na tym obiekcie w drewnie.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 1 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W odwołaniu zostały podtrzymane te same zarzuty, żądania i argumentacja. Odwołujący dodatkowo wskazał, że zgodnie z dokumentem rejestracyjnym Departamentu Pracy i Rozwoju Gospodarczego Stanu Michigan z dnia 18 lutego 2004 r. Rafał Kusza prowadzi działalność o nazwie BUILDDEX Construction Company L.L.C., a przedmiotem tej działalności są roboty budowlane. Jednocześnie podkreślił, że zdobył również w USA

uprawnienia do prowadzenia tego rodzaju działalności (Licencja Budowniczego Obiektów Mieszkalnych). Podkreślił jeszcze raz, że przedsiębiorstwa, które prowadzi się w USA z określeniem L.L.C. nie należy utożsamiać ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością według prawa polskiego, wskazując, że pomiędzy przepisami prawa polskiego i amerykańskiego istnieją głębokie różnice. W polskim prawie bowiem spółka z o.o. jest podmiotem praw i obowiązków (ma osobowość prawną), w USA jest to uregulowane w nieco odmienny sposób. Odwołujący wskazał przy tym na przepisy Michigan Limited Liability Company Act Act 23 of 1993 r., z których wynika w jaki sposób przedsiębiorstwo z ograniczoną odpowiedzialnością (L.L.C.) powstaje. Podkreślił, że jest on założycielem przedsiębiorstwa, natomiast aby zostać członkiem L.L.C. należy zawrzeć „Operating

Agreement (umowa działalności firmy) i w przypadku zawarcia tej umowy członkowie L.L.C. przestają być odpowiedzialni za działania, zadłużenia lub zobowiązania przedsiębiorstwa z ograniczoną odpowiedzialnością, co wskazuje na to, że L.L.C. uzyskuje samodzielny od jej członków byt prawny. W przypadku nie zawarcia takiej umowy – zdaniem Odwołującego – założyciel L.L.C. jest traktowany jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą formie L.L.C. Amerykańska firma Pana Kuszy nie zawarła takiej umowy zatem Pan Rafał Kusza nie został członkiem L.L.C. i tym samym przedsiębiorstwo Buildex Construction Company L.L.C. nie posiadało osobowości prawnej. Odwołując się do stanowiska Departamentu Pracy i Rozwoju Gospodarczego Stanu Michigan z dnia 21 maja 2009 r., na które powoływał się Zamawiający, co do oddzielnego bytu przedsiębiorstwa od jego członków bez względu na ich liczbę, Odwołujący wskazał, że są to niepełne informacje.

Odwołujący wskazał również na możliwość posługiwania się w obrocie gospodarczym w USA różnymi nazwami firmy. Podkreślił też, że przedłożone przez niego referencje dotyczące prac wykonanych w USA przez firmę amerykańską potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Podniósł też, że remont tężni jest specyficznym zadaniem i uzyskanie takiego właśnie konkretnego doświadczenia przez wykonawców poza firmą Stabilator, wykonującą dotychczas remonty tężni, nie jest możliwe. Podkreślił, że firma Stabilator, startując pierwszy raz w postępowaniu na remont tężni, również takiego doświadczenia nie posiadała.

Do postępowania odwoławczego w dniu 2 lipca 2009 r. przed otwarciem posiedzenia w niniejszej sprawie swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyła firma Stabilator.

7

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz wyjaśnienia jej treści, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz przystępującego do postępowania odwoławczego Stabilator, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności ustalono, że ze względu na treść podnoszonego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, pomimo wartości przedmiotu zamówienia (4 180 359,22 zł, tj. 1 078 218,05 euro, a więc poniżej wartości progów UE dla robót budowlanych), stosownie do treści art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie w niniejszej sprawie przysługuje.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Została zatem w tym przypadku wypełniona dyspozycja wskazanego przepisu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w pkt V ppkt 1 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu poprzez przytoczenie zapisów art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie też w pkt VI ppkt 19 SIWZ określił jako wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: „Wykaz *wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat robót budowlanych podobnych do przedmiotu przetargu, zamówienia lub robót o podobnej konstrukcji inżynierskiej wykonanych w drewnie – przynajmniej jedna realizacja o wartości 1,5 mln zł netto i o kubaturze wbudowanego drewna przynajmniej 300 m³ w obiekcie zabytkowego (...)*”. Do wykazu według przygotowanego załącznika nr 19 należało dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie prac.

- 2) W piśmie z dnia 6 kwietnia 2009 r. Zamawiający odpowiadając na zadane pytania dotyczące treści SIWZ udzielił następujących odpowiedzi: na pytanie: „czy oferent musi podawać w załączniku nr 19 dane o wartości wykonanych robót?” udzielił odpowiedzi pozytywnej, a na pytanie: „czy wykonawcy, który nie poda w załączniku nr 19 realizacji o wartości przynajmniej 1,5 mln zł netto i kubaturze wbudowanego drewna 300 m³ zostanie odrzucony”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „nie, chyba że nie będą odpowiadały rodzajem lub wartością przedmiotowemu zamówieniu”. Uwzględniając udzielone odpowiedzi na zapytania do SIWZ Zamawiający zmodyfikował również zapisy SIWZ i załącznika nr 19 poprzez wykreślenie z nich szczególnych warunków dotyczących wartości przynajmniej 1,5 mln zł netto zamówienia i kubaturze wbudowanego drewna przynajmniej 300 m³
- 3) Zamawiający w pkt VI ppkt 16 SIWZ zażądał dołączenia do oferty oświadczenia finansowego, złożonego na załączniku nr 16, potwierdzonego bilansem i rachunkiem wyników za lata 2007, 2008, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających przychody, koszty i dochody (np. PIT 36, PIT 36 L itp.) za wskazany w załączniku okres, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to za ten okres.
- 4) Termin składania ofert w niniejszym przetargu upływał w dniu 10 kwietnia 2009 r.
- 5) Odwołujący do swojej oferty załączył zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 13 lutego 2009 r., potwierdzające, że od tej daty Pan Rafał Kusza prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BUILDDEX rozpoczął prowadzenie działalności (str. 40 oferty)
- 6) Do oferty Odwołujący dołączył również załącznik nr 16 – Dane finansowe – oświadczenie, w którym wskazał, że nie jest zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego i z uwagi na okres prowadzenia działalności załączył kopie dokumentów finansowych za okres prowadzonej działalności, czyli wyłącznie za rok 2009 (str. od 50 do 53 oferty). Dołączone zostały w tym zakresie następujące dokumenty: Ustalenie dochodu osiągniętego w roku 2009 w miesiącach od 1 do 3, Bilans aktualny za okres od 2009/01/01 do 2009/03/31, Deklaracja PITL za 03/2009.
- 7) W załączniku nr 19 do oferty – Wykaz ważniejszych zadań zbliżonych do przedmiotu przetargu w okresie ostatnich 5 lat (str. 69 oferty) Odwołujący wskazał 4 roboty, w tym jedną wykonywaną w 2009 r. przez Rafała Kuszę prowadzącego działalność gospodarczą w Polsce oraz 3 roboty wykonywane przez firmę amerykańską prowadzoną pod oznaczeniem L.L.C. W wykazie tym, w poz. 4

- Odwołujący wpisał również Licencję Budowniczego Obiektów Mieszkaniowych o Konstrukcji Drewnianej i Murowanej, wystawioną dla niego przez Departament Pracy i Rozwoju Gospodarczego Stanu Michigan. Na stronach od 40 do 48 załączono dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazywanych zamówień wraz z ich tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski.
- 8) Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, w którym wskazał m.in.: na żądanie uzupełniania załącznika nr 16, tj. oświadczenia finansowego ze wskazaniem, że wykonawca ten powinien uzupełnić: PIT L za 03/2009 z potwierdzeniem złożenia w Urzędzie Skarbowym oraz bilans aktualny o podpis i pieczętkę osoby sporządzającej (Gł. Księgowy). Jednocześnie też w piśmie tym wskazano, że w związku z przedłożonym przez wykonawcę dokumentami dotyczącymi wykonanych robót w USA, Zamawiający wzywa do przedstawienia: oświadczenia wykonawcy, że firma BUILDDEX działająca w Polsce jest sukcesorem Firmy BUILDDEX działającej w USA, rejestracji działalności firmy BUILDDEC działającej w USA oraz bilansów za lata 2007, 2008 firmy BUILDDEX działającej w USA.
- 9) Na skutek wezwania Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2009 r. w

zakresie wymienionych w wezwaniu Zamawiającego spornych dokumentów przedłożył wyjaśnienia, że w świetle aktualnie obowiązujących przepisów prawa nie ma on obowiązku składania deklaracji podatkowych m.in. PIT -5L, dlatego też załączony do oferty dokument jest jedynie wewnętrznym dokumentem niezbędnym do obliczenia należnego podatku dochodowego i nie może być potwierdzony przez US. Wyjaśnił też, że obowiązujące przepisy nie nakładają na niego obowiązku zatrudnienia Głównego Księgowego dlatego też sporządzone bilanse zostały potwierdzone osobiście przez właściciela. Odwołujący przedłożył również żądane przez Zamawiającego oświadczenie o tym, że prowadzona przez niego firma polska jest sukcesorem firmy prowadzonej w USA. Załączył też wymagane dokumenty dotyczące rejestracji firmy w USA, Bilanse za lata 2007 i 2008 oraz zaświadczenie o nadaniu numeru identyfikacji pracodawcy.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego bezpodstawności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a dotyczących sukcesji i

10

prawa powoływania się przez Odwołującego na doświadczenie firmy prowadzonej przez niego w USA, skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego stwierdzić należy, że Odwołujący jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w Polsce może w ramach wykazywanego doświadczenia posługiwać się przede wszystkim własnym doświadczeniem wykonawcy, czyli przedsiębiorcy Pana Rafała Kuszy. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że Odwołujący mógłby powoływać się na doświadczenie innego podmiotu, w sytuacji gdyby był w stanie wykazać sukcesję, czyli takie przekształcenie jednego podmiotu w drugi, czy też połączenie tych podmiotów, w których wykonawca składający ofertę byłby sukcesorem firmy, na doświadczenie której powołuje się.

Odwołujący wywodzi, że firma BUILDDEX Construction Company L.L.C. jest identyczną działalnością gospodarczą osoby fizycznej jak prowadzenie działalności przez Pana Rafała Kuszę w Polsce. Skład orzekający Izby nie zgodził się w tym zakresie ze stanowiskiem Odwołującego. Podstawą twierdzeń Odwołującego jest w pierwszej kolejności błędne tłumaczenie angielskiego słowa: „Company”. Odwołujący twierdzi, że słowo to należy tłumaczyć jako: „Firma”, a nie „spółka”. Jednocześnie też pomija on okoliczność, że w nazwie prowadzonej przez niego firmy w USA pojawia się skrót: „L.L.C.”, tj. „*Limited Liability Company*”, co należy tłumaczyć jako: „Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że prawo w USA, w tym przepisy dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej, mają zdecydowanie odmienny charakter niż w Polsce i należy je tłumaczyć zgodnie z obowiązującymi w USA regulacjami prawnymi.

Przywoływane przez Odwołującego przepisy Michigan Limited Liability Company Act Act 23 of 1993 r. faktycznie wskazują na specyfikę funkcjonowania Limited Liability Company (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością). Ta specyfika odnosi się, jak wskazał również Odwołujący, do tego, w jaki sposób jest tworzona owa spółka – przez jednego założyciela, czy przez kilku. W sytuacji gdy spółkę tworzy kilku założycieli muszą oni zawrzeć umowę spółki (Operating Agreement), regulującą zasady jej działania. W przypadku spółek L.L.C. tworzonych przez jednego założyciela dokument taki nie jest wymagany i w przypadku firmy BUILDDEX Construction Company L.L.C. nie został złożony. Tym okolicznościom skład orzekający Izby nie może zaprzeczyć, jednakże z powyższych ustaleń wywodzi inne skutki prawne aniżeli Odwołujący.

Stwierdzić bowiem należy, że załączone do odwołania tłumaczenia wskazanych przez Odwołującego przepisów Michigan Limited Liability Company Act Act 23 of 1993 r., nie wskazują na okoliczność, iż brak złożenia umowy (Operating Agreement) skutkuje tym, że L.L.C. nie uzyskuje samodzielnego od jej członków bytu prawnego.

11

Przywoływany art. 2 ust. 450.4202 wskazuje wyłącznie na możliwość uzyskania statusu członka spółki przez jego założyciela, co związane jest ze złożeniem świadectwa rejestracji, nie świadczy jednak o tym, że spółka L.L.C. nie jest odrębnym od członków, czy założycieli bytem prawnym. Przywoływany art. 5 ust. 450.4501 wskazuje z kolei wyłącznie na regulacje dotyczące sposobu przyjęcia w ramach L.L.C. osób w charakterze członków Spółki z ograniczoną odpowiedzialności (L.L.C.). Również przywoływany art. 2 ust. 450.4206 pkt 206 (1) Michigan Limited Liability Company Act Act 23 of 1993 r., nie wskazuje na okoliczność, iż Spółka L.L.C. nie posiada statusu jako odrębny od założyciela, czy założycieli podmiot. Z tego przepisu wynika jedynie możliwość prowadzenia działalności przez krajową lub zagraniczną firmę z ograniczoną odpowiedzialnością co do zasady również pod innymi nazwami, czy nazwą niż przyjęta w statucie, czy świadectwie.

Zatem przywoływane przez Odwołującego przepisy nie potwierdzają okoliczności, że firma, czy spółka L.L.C. utworzone przez jednego członka nie są odrębnym podmiotem od osoby fizycznej, która te spółkę (firmę) zakładała.

Skład orzekający przychylił się w tym względzie do twierdzeń Zamawiającego, który oparł się na informacji mailowej uzyskanej w dniu 21 maja 2009 r. z Departamentu Pracy i Rozwoju stanu Michigan w USA, z której wynika, że: „Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (*limited liability company*) jest sztuczną jednostką tak jak spółka akcyjna, oddzielną, od jej wspólników i to bez względu, czy spółka ma jednego, czy więcej wspólników”. Stanowisko organu krajowego USA uprawnionego do wykładni obowiązujących przepisów prawa stanowego – stanu Michigan w USA nie zostało w żaden sposób przez Odwołującego podważone. Odwołujący jedynie twierdził, że są to niepełne informacje, nie podając w tym zakresie żadnych argumentów. Tym samym przedstawiony w postępowaniu dowód nie został podważony przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe w ocenie składu orzekającego Izby Rafał Kusza, prowadzący działalność gospodarczą w Polsce i składający jako polski przedsiębiorca ofertę w postępowaniu nie mógł się skutecznie powoływać na doświadczenie uzyskane przez odrębny podmiot jakim jest firma BUILDDEX Construction Company L.L.C., działająca w USA, której założycielem był Pan Rafał Kusza.

Tym samym też wykazywana jedna robota wykonana przez Pana Rafała Kuszę jako polskiego przedsiębiorcę ze względu przede wszystkim na jej wartość (3 500 zł) nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Z tego też względu warunek udziału w postępowaniu, dotyczący wymaganego od wykonawców doświadczenia nie został w tym przypadku wypełniony. Zatem w ocenie Izby zaistniała przesłanka do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, jednak na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. z uwagi na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie jak wskazał Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

tj. z powodu podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. Nie można stwierdzić, że informacje podawane przez Odwołującego w ofercie i toku postępowania są nieprawdziwe. Odwołujący wywodził z prezentowanych informacji na temat funkcjonowania spółki L.L.C. w USA inne wnioski niż Zamawiający, co nie może być traktowane jako podanie przez niego nieprawdziwych informacji.

Na marginesie skład orzekający Izby przychylił się również do stanowiska Zamawiającego, wskazującego na to, że nawet gdyby uwzględnić doświadczenie firmy L.L.C. Pana Kusza, działającej w USA, jako doświadczenie jego firmy działającej w Polsce, to zaprezentowane roboty wykonane przez BUILDDEX Construction Company L.L.C., nie wypełniają warunku adekwatności rodzajowej i wartościowej do przedmiotu zamówienia. Pierwsza z wykazywanych robót – budowa Ruth Ellis Center przy 612 Philadelphia Street, Detroit Michigan, polegająca na renowacji budynku o charakterze zabytkowym, w konstrukcji drewnianej, wykonana w 2005 r. na kwotę 281 600 \$, tj. w przeliczeniu – jak wskazał sam Odwołujący - na kwotę 940 000 zł. Robota ta nie odpowiada wartościowo przedmiotowi zamówienia bowiem pomimo braku wskazania wprost przez Zamawiającego w warunku konkretnej wartości zamówienia, która będzie adekwatna do przedmiotu zamówienia, powyższe należy ocenić w kontekście wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz wartości kwotowych ofert złożonych w postępowaniu. Ta porównawcza analiza wskazuje na brak zbieżności tych kwot z wartością zrealizowanego zamówienia (z jednej strony - wartość

szacunkowa przedmiotu zamówienia: 4 180 359, 22 zł netto, wartość oferty Odwołującego: 4 156 305,44 zł brutto i wartość oferty Stabilator: 4 240 436, 42 zł brutto, z drugiej strony - robota wykazywana przez Odwołującego: 940 000 zł brutto).

Robota wykazana w poz. 2 wykazu – budowa w oddziale przy 38245 Mound Road, Sterling Heights, wykonana w 2006 r. na kwotę 628 000 \$, tj. 2 097 000 zł, obejmowała prace polegające na przygotowaniu terenu budowy, pracach fundamentowych i budowie obiektu w konstrukcji drewnianej. Robota ta zatem polegała na wybudowaniu nowego budynku, a nie renowacji budynku zabytkowego, a taki szczególny rodzaj robót jest przewidziany przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Zatem nie można w tym przypadku mówić o adekwatności rodzajowej wykazywanej roboty do przedmiotu zamówienia.

Robota wykazana w poz. 3 wykonana na rzecz Detroit Yacht Club w Michigan o wartości 842 000 \$, tj. 2 812 000 zł, zrealizowana w latach 2006 – 2007 nie odpowiada również rodzajowo przedmiotowi zamówienia. Po pierwsze nie jest to obiekt o charakterze zabytkowym, tak jak przedmiot zamówienia, a poza tym jest to obiekt odmienny, nieadekwatny kubaturowo do przedmiotu zamówienia (przystań dla jachtów).

W tym miejscu odnieść się również należy do argumentacji Odwołującego zawartej w proteście, o braku możliwości w przypadku prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wstępnej prekwalifikacji wykonawców. Skład orzekający Izby wyjaśnia, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego niezależnie od trybu postępowania (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny, zapytanie o cenę, czy też zamówienie z wolnej ręki) muszą spełniać wymogi określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jeśli Zamawiający opisuje szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, do czego zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, ma prawo, wykonawcy winni dla formalnej możliwości oceny ich oferty wykazać, że spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Tryb, w którym prowadzone jest dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może jedynie wskazywać na moment weryfikacji przez Zamawiającego spełniania tych warunków przez wykonawców (w przypadku przetargu ograniczonego przed złożeniem ofert na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku przetargu nieograniczonego po złożeniu ofert na podstawie oświadczeń i dokumentów w niej zawartych).

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie stwierdził w tym przypadku naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiego zarzutu dotyczącego bezpodstawności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a dotyczących przedłożenia bilansów dla firmy prowadzonej w USA, skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten potwierdził się.

Rozpatrując ten zarzut skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że bezpodstawnym było działanie Zamawiającego, polegające na skierowaniu wezwania do uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów dotyczących firmy prowadzonej przez Odwołującego w USA, w tym dotyczących rejestracji tej firmy oraz bilansów za rok 2007 i 2008. Bezspornym pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem jest okoliczność, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył przedsiębiorca Pan Rafał Kusza, prowadzący działalność gospodarczą w Polsce pod nazwą BUILDDEX Rafał Kusza. Dokumentów dotyczących sytuacji finansowej oraz rejestracji firmy - zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 25 ust. 1) oraz przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) - Zamawiający może żądać

postępowaniu. Firma amerykańska prowadzona przez Rafała Kuszę nie była uczestnikiem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tak samodzielnie, jak też jako wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie. Tym samym żądanie Zamawiającego przedłożenia dokumentów finansowych dotyczących spółki amerykańskiej było nieuprawnione i nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Tak więc załączenie określonych dokumentów – zeznań podatkowych składanych w Krajowym Urzędzie Skarbowym w USA przez Pana Rafała Kusza nie może być oceniane przez Zamawiającego ani pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu (odpowiednie dokumenty finansowe dotyczące firmy polskiej – wykonawcy - zostały przedłożone w ofercie), ani tym bardziej pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji.

Z tych też względów skład orzekający Izby uznał, że wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i w efekcie odrzucenie jego oferty na tej podstawie było niezasadne. W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdził w tym przypadku naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając jednak treść przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp odwołanie nie podlega uwzględnieniu z racji tego, że potwierdzenie się tego zarzutu i uwzględnienie z tego powodu odwołania nie miałyby wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Jak bowiem wynika z wcześniejszych ustaleń składu orzekającego Izby Odwołujący winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona z racji braku potwierdzenia spełniania przez niego warunku doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 oraz ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 zm.).

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 **wę Włocławku.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....