Sygn. akt: KIO/UZP 1212/08

KIO/UZP 1225/08

WYROK
z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Marek Koleśnikow
Emil Kuriata

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 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: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa,
B. Konsorcjum: Baugessellschaft Walter Hellmich GmbH (Lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA" S.A.; Lanterstrasse 20, Dinslaken D46539 - Niemcy

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Gdańska, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** protestów:

A. Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa z dnia **10 października 2008 r.**
B. Konsorcjum: Baugessellschaft Walter Hellmich GmbH (Lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA" S.A.; Lanterstrasse 20, Dinslaken D46539 - Niemcy z dnia **10 października 2008 r.**

---

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Porr (Polska) S.A. (Lider), Porr GmbH, Strabag Sp. z o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dot. sprawy KIO/UZP 1212/08),

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A. (Lider), J&P–AVAX S.A.; ul. Czackiego 15/15, 00-950 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dot. sprawy KIO/UZP 1212/08),

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dot. sprawy KIO/UZP 1225/08)

orzeka:

1. - Oddala odwołanie wniesione przez Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG,

- Uwzględnia odwołanie wniesione przez Konsorcjum: Baugessellschaft Walter Hellmich GmbH (Lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA" S.A. i nakazuje unieważnienie oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża
- Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG (dotyczy sprawy o sygnaturze KIO/UZP 1212/08),
- Gminę Miasta Gdańska (dotyczy sprawy o sygnaturze KIO/UZP 1225/08)

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2709 zł 34 gr (słownie: dwa tysiące siedemset dziewięć złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa**

B koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Baugessellschaft Walter Hellmich GmbH (Lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA" S.A.; Lanterstrasse 20, Dinslaken D46539 – Niemcy,**

2) dokonać wpłaty kwoty 8554 zł 67 gr (słownie: osiem tysięcy pięćset pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Gdańska, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty 4954 zł 67 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Gminę Miasta Gdańska, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** na rzecz **Konsorcjum: Baugessellschaft Walter Hellmich GmbH (Lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA" S.A.; Lanterstrasse 20, Dinslaken D46539 - Niemcy** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

4) dokonać zwrotu kwoty 77 290 zł 66 gr (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt złotych sześćdziesiąt sześć groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 38 645 zł 33 gr (słownie: trzydzieści osiem tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa,**

B kwoty 38 645 zł 33 gr (słownie: trzydzieści osiem tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum: Baugessellschaft Walter Hellmich GmbH (Lider), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA" S.A.; Lanterstrasse 20, Dinslaken D46539 – Niemcy.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „drugi etap robot budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej – stadionu piłkarskiego w Gdańsku Letnicy". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 4 lipca 2008 r., w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 128-169919.

A.

Dnia 10 października 2008 r. Odwołujący się Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., WARBUD S.A., HOCHTIEF Construction AG wniosło protest wobec zaniechania czynności wykluczenia wykonawców z postępowania i odrzucenia ich wniosków, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, 22 ust. 1 i 2, art. 23 ust. 2 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp. Odwołujący się wniósł o powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjów: Konsorcjum: Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o., Konsorcjum: Polimex-Mostostal, J&P-AVAX S.A., Konsorcjum: China Overseas Engineering Group Co. Ltd., China JiangSu International Economic Technical Cooperation Corp., Decoma Sp. z o.o.

Odnośnie Konsorcjum Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o. Odwołujący się podnosi zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia co do spełniania wymogów technicznych udziału w postępowaniu. Wykonawca w wykazie wykonanych robót budowlanych (strona 57 wniosku) wskazał, iż wykonał na zlecenie Sportpark Klagenfurt GmbH rozbiorkę starego stadionu i wybudował w charakterze generalnego wykonawcy nowy stadion sportowy Woertherseestadion w Klagenfurcie. Na stronie 58 wniosku zawarto list referencyjny, wystawiony w dniu 28 lipca 2008 r., w którym potwierdzono, iż zlecono Porr GmbH jako generalnemu wykonawcy wybudowanie Stadionu Woertherseestadion na Mistrzostwa Europy w piłce nożnej -Euro 2008. Zarówno wykaz, jak i list referencyjny nie są zgodne z prawdą. Jak wynika ze strony internetowej Zamawiającego i treści sprawozdania finansowego Porr AG (umieszczonego na stronie internetowej),

przedmiotowy stadion był wykonywany przez konsorcjum, w skład którego wchodził podmiot odmienny od Porr GmbH. Powyższe potwierdza również wyrok Sądu w Wiedniu z dnia 13 października 2005 r. w sprawie przywrócenia do postępowania. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż list referencyjny jest wprawdzie opieczętowany pieczęcią wskazanego Zamawiającego, jednakże podpis na niej umieszczony jako nieczytelny, jest niemożliwy do weryfikacji.

Ponadto Odwołujący się podnosi, że zawarte na stronie 21 wniosku zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie p. Petera H. zawiera poprawkę dokonaną przez podmiot nieuprawniony. Biorąc pod uwagę, iż odnosi się ona do danych identyfikujących osobę, której dotyczy zaświadczenie, uznać należy, iż czyni treść dokumentu niejasną, co do jej prawdziwości. Jeżeli poprawki dokonano na kopii zaświadczenia, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do przedstawienia jego oryginału, w celu ustalenia rzeczywistej treści zaświadczenia. Jeżeli treść ta będzie wątpliwa lub poprawki dokonano na oryginale zaświadczenia -wezwać do przedłożenia zaświadczenia nie budzącego wątpliwości.

Na stronach 54-56 wniosku zawarto oświadczenie w imieniu Porr GmbH, iż wobec wymienionego podmiotu nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości. Oświadczenie to zostało podpisane z datą 30 lipca 2008 r., nie zostało jednak złożone przed notariuszem -notariusz jedynie w dniu 31 lipca 2008 r. potwierdził autentyczność podpisu pod oświadczeniem. Z treści § 2 ust. 3 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), dalej Rozporządzenie, wynika, iż ustawodawca dopuszcza możliwość zastąpienia właściwego dokumentu wystawionego przez powołane do tego organy administracji lub sądowe jedynie w sytuacji, gdy w kraju, w którym siedzibę ma dany Wykonawca, dokumenty takie nie są wydawane. Tymczasem z dokumentów załączonych do wniosku innego z Wykonawców - Alpine Bau GmbH (identyczna forma prawna spółki prawa austriackiego) wynika, iż stosowne zaświadczenia są wydawane przez właściwy Sąd Krajowy.

Zdaniem Odwołującego się Konsorcjum: Polimex-Mostostal, J&P-AVAX S.A. nie przedstawiło jednoznacznych dokumentów potwierdzających niekaralność osób zasiadających w organach zarządzających J&P-AVAX S.A. Odwołujący się zwraca uwagę na niekonsekwencje pomiędzy zaświadczeniami złożonymi odnośnie osób: Konstantinos K.,

Konstantinos M., Georgios D., Konstantinos L., Christom J., Efthyvoulos P., Konstantinos S., Joannie P., Joannis C., David W., a zaświadczeniem złożonym odnośnie: Nikolaos G.. Treść zaświadczeń jest pozornie tożsama -z przedłożonych zaświadczeń wynika, iż osoby te nie są karane, jednakże jako podstawę niekaralności - a więc w rzeczywistości - katalog przestępstw, za które nie zostali ukarani powołani członkowie organów zarządzających Spółki, podaje rożne przepisy ustawy: odnośnie Konstantinos K. i Joannis P.– art. 576 k.p.k.,

odnośnie Nikolaos G. powołany zostaje przepis art. 575 k.p.k., zaś co do pozostałych -znajduje się ogólne odwołanie do dokumentów zgromadzonych w rejestrze. Zatem dokumenty przedłożone przez Wykonawcę nie wskazują, co do jakich przestępstw wymienieni wyżej członkowie organów zarządzających Spółki są osobami nie karanymi. Zamawiający w tej sytuacji, winien był co najmniej zażądać od Wykonawców dowodów potwierdzających, że wymienione osoby nie są karane za przestępstwa powołane w przepisach polskich, a w razie ich nieprzedstawienia - wykluczyć Wykonawcę z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie czyniąc tego, Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ten sam Wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, albowiem nie wykonał zobowiązania wynikającego z postanowienia III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia. Zamawiający wskazał, iż wymaga od Wykonawców potwierdzenia zdolności technicznej przez wykazanie wykonania w okresie ostatnich pięciu lat w charakterze generalnego wykonawcy co najmniej jednego stadionu sportowego, na co najmniej 30 000 miejsc siedzących, posiadającego zadaszone trybuny na co najmniej tyleż miejsc, względnie rozbudowy co najmniej jednego stadionu sportowego poprzez zwiększenie ilości miejsc siedzących na tym stadionie, o co najmniej 15 000, gdy po rozbudowie stadion ten będzie spełniał wymogi wyżej wskazane. Wykonawca złożył oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w Wykazie wykonanych robót budowlanych wskazał, iż w okresie od 2 czerwca 2003 r. do 15 lutego 2007 r. wykonał budowę - Stadion piłkarski Karaiskakis wraz z wyposażeniem w Pireusie. Oświadczenia te pozostają w sprzeczności z przedłożonym dokumentem - Certyfikat doświadczenia w sektorze prywatnym (dokument-c). Wiersz "c" przedmiotowego dokumentu w sposób wyraźny wskazuje, iż Wykonawca wykonywał nie jeden, lecz dwa Kontrakty związane z budową Stadionu (Podstawowy Kontrakt -od dnia 2 czerwca 2003 r. do dnia 1 lipca 2006 r. i Dodatkowy Kontrakt -od dnia 21 grudnia 2006 r. do dnia 15 lutego 2007 r.). Wiersz "d" potwierdzający samo wykonanie, jak i jego prawidłowość, w sposób wyraźny odnosi się jedynie do wykonania Dodatkowego Kontraktu, co potwierdzają daty wykonania, jak i wartość robót. Z całą pewnością, dokument ten nie potwierdza więc wykonania zamówienia obejmującego wybudowanie Stadionu, albowiem budowa ta była dokonana w dwóch Kontraktach, a nie w jednym, w związku z czym, za jej wykonanie uznać można jedynie wykonanie obu Kontraktów - co potwierdza sam Wykonawca w Wykazie wykonanych robót budowlanych, wyraźnie obejmującym okresy realizacji obu Kontraktów.

Odnośnie Konsorcjum: China Overseas Engineering Group Co. Ltd., China JiangSu International Economic Technical Cooperation Corp., Decoma Sp. z o.o. Odwołujący się podnosi nieprawidłowość reprezentacji uczestników Konsorcjum w postępowaniu. Zgodnie z treścią załączonego do wniosku pełnomocnictwa, podmioty w nim wyszczególnione

upoważniły p. Jerzego F. do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na wykonanie Projektu (drugiego etapu robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej - stadionu piłkarskiego w Gdańsku Letnicy), zwanego w dalszym ciągu Postępowaniem Prekwalifikacyjnym. Oczywistym jest, iż pełnomocnictwo zostało tym samym udzielone jedynie na okres postępowania prekwalifikacyjnego, a więc złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powód tak wąskiego jego zakreślenia wyjaśnia Paragraf 8.2. Umowy Konsorcjum Oferty Wstępnej, w którym Strony postanawiają, iż w razie wygrania przetargu, powołają Spółkę Zadaniową, w celu ustalenia zasad dalszej współpracy w związku z realizacją Przedmiotu. Dokonają więc scedowania wszystkich swoich praw i obowiązków na podmiot nie będący uczestnikiem postępowania. Tymczasem w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia, ustawodawca w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp w sposób wyraźny wskazuje, iż winni oni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo załączone do wniosku żadnego z dwóch powołanych wymogów nie spełnia. Nie jest pełnomocnictwem do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - gdyż upoważnia do reprezentacji jedynie w jego części dotyczącej składania wniosków. Nie jest też pełnomocnictwem do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy, gdyż nie upoważnia do jej zawarcia. Tym samym złożenie wniosku przez p. Jerzego F. stanowi czynność dokonaną bez należytego umocowania i w konsekwencji nieważną.

Odnośnie China Overseas Engineering Group Co. Ltd., Odwołujący się wskazuje, iż zgodnie z załączoną do wniosku umową spółki, Spółkę reprezentuje zarząd złożony z siedmiu członków zarządu powoływanych na 3 lata (paragraf 22 Umowy spółki). W tej sytuacji zgodnie z przepisem § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, Wykonawca winien przedłożyć stosowne zaświadczenia o niekaralności wszystkich siedmiu członków zarządu. Zaś Wykonawca przedłożył dokumenty jedynie odnośnie p. Fang Y. i dodatkowo nie w wymaganej formie dokumentu wystawionego przez organ sądowy lub administracyjny, lecz przez notariusza. Skutkiem tego Zamawiający winien zastosować tryb określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie drugiego z uczestników Konsorcjum China Jiangsu International Economic Technical Corporation Corp., Odwołujący się podnosi, iż mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Wykonawca ten nie dokonał uzupełnienia żądanych dokumentów o wymagany ustawą dokument potwierdzający, iż nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat, ograniczając się do oświadczenia złożonego przed notariuszem (nie podpisanego jednak przez notariusza). Co więcej, pełnomocnik Konsorcjum składając to oświadczenie złożył jednocześnie wymagane dokumenty odnośnie drugiej ze spółek prawa chińskiego,

---

a oczywistą sprzeczność wyjaśnił jedynie stwierdzeniem, że dokumentów tych nie wydaje się w Chińskiej Republice Ludowej, a jednocześnie, iż można je uzyskać w nadzwyczajnych okolicznościach. Odwołujący się zwraca uwagę, iż dopuszczalność przedłożenia oświadczeń notarialnych musi być traktowana jako wyjątek wprowadzony przepisem § 2 ust. 3 Rozporządzenia i jako taka być interpretowana ściśle. Interpretacja rozszerzająca powodowałaby również naruszenie zasady określonej w art. 7 ustawy Pzp.

Ten sam Wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu przedstawienia nieprawdziwego oświadczenia w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku wymaganego doświadczenia technicznego w świetle postanowienia III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu. Konsorcjum przedłożyło oświadczenie, a w Wykazie wykonanych robót budowlanych wskazało, iż wykonało stadion sportowy w Hohhot w Prowincji Mongolia na terenie Chin. Na potwierdzenie powyższego złożono dokument -Protokół potwierdzający jakość wykonania odbieranej inwestycji. Jednakże jest to jedynie potwierdzenie wykonania jakościowego robót, a nie ich ilości i terminowości, poza tym w pkt 4 wyraźnie wskazane jest, iż nie spełniał on wszystkich wymagań stawianych w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący się wskazuje na odmienność podmiotu tam występującego od uczestników postępowania, tj. China Jiangsu International Economic Technology Cooperation Company.

Odwołujący się ponadto podnosi, iż Spółka nie jest prawidłowo reprezentowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 21 lipca 2008 r., Spółka uczyniła swoim pełnomocnikiem China Overseas Engineering Group Co. Ltd. Oddział w Polsce, tytułując ją spółką prawa polskiego i upoważniając do reprezentowania w postępowaniu przedkwalifikacyjnym. Tymczasem stwierdzić należy, iż oddziały przedsiębiorstw zagranicznych w Polsce nie są osobami prawnymi, nie mogą więc nabywać na swoją rzecz praw i obowiązków, a tym bardziej realizować uprawnień innych podmiotów. Poza tym, co podniesiono wyżej, pełnomocnictwo takie uniemożliwia Spółce dalsze występowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na swój ograniczony zakres.

Dnia 15 października 2008 r. Konsorcjum Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania

toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący wyjaśnia, że Porr GmbH przejęła prawa i obowiązki Porr Technobau und Umwelt AG wynikające ze spornego kontraktu zawartego przez Konsorcjum: Porr Technobau und Umwelt AG, Alpinie Mayreder Bau GmbH. Na dowód powyższego Przystępujący dołączył wydruk ze strony internetowej miasta Klagenfurt oraz pismo z dnia 14 października 2008 r., w którym Inwestor wyjaśnia przedmiotową kwestię.

W zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej p. Petera H. Przystępujący stwierdza, że jeśliby nawet uznać, że jest to dokument nieistniejący lub zawierający błędy, to jedyną konsekwencją dla Przystępującego może być wezwanie go do uzupełnienia dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie spornego oświadczenia złożonego przez Porr GmbH, Przystępujący wyjaśnia, że na str. 51-53 złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, znajduje się informacja z Sądu Handlowego w Wiedniu, który jest sądem rejestrowym w odniesieniu do Porr GmbH, iż nie toczy się żadne postępowanie upadłościowe czy też układowe w stosunku do tego podmiotu i w związku z tym oświadczenie złożono jedynie uzupełniająco. Przystępujący podnosi ponadto, iż przepisy Rozporządzenia nie stanowią, że oświadczenie powinno mieć formę aktu notarialnego, ale powinno być złożone przed notariuszem i Przystępujący właśnie tej formie zadośćuczynił.

Dnia 16 października 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku protestu zgłosiło przystąpienie Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., J&P-AVAX S.A. Przystępujący podnosi, iż kwestionowane informacje z Krajowego Rejestru Sądowego zawierają jednoznaczne stwierdzenia o niekaralności wskazanych osób. Odmienną zaś kwestią jest procedura ustalania przedmiotowych okoliczności, która nie ma żadnego wpływu na treść udzielonych informacji.

Co do dokumentu, Certyfikat doświadczenia w sektorze prywatnym, Przystępujący podnosi, iż z przedmiotowego dokumentu jednoznacznie wynika, że uczestnik Przystępującego Konsorcjum był wykonawcą projektu pn. „Grecki Komitet Olimpijski „Karaiskakis" Stadion i jego wyposażenie", który obejmował budowę nowego stadionu piłkarskiego o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, zaś projekt został wykonany prawidłowo.

Pismem z dnia 17 października 2008 r. Zamawiający protest odrzucił jako złożony przez podmiot nieuprawniony, gdyż w ocenie Zamawiającego, Odwołujący się nie wykazał naruszenia lub zagrożenia jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, który uprawniałby go do wniesienia protestu.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że oprócz podstaw do odrzucenia protestu, protest podlega oddaleniu jako nieuzasadniony.

Odnośnie Konsorcjum: Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o. Odwołujący się nie wykazał, iż Porr GmbH nie wykonał należycie jako generalny wykonawca zamówienia dotyczącego budowy Woertherseestadion w Klagenfurcie. Dowodem na tę okoliczność nie mogą być wydruki ze stron internetowych, a z przedłożonej kopii wyroku Sądu w Wiedniu z dnia 13 października 2005 r. wynika

jedynie, iż toczyło się postępowanie sądowe w przedmiocie stwierdzenia nieważności rozstrzygnięcia instytucji zamawiającej, dotyczącego zamiaru udzielenia zamówienia grupie oferentów: Porr Technobau und Umwelt AG oraz Alpinie Mayreder Bau GmbH. W ocenie Zamawiającego, wiarygodność złożonych przez Konsorcjum: Wykazu robot budowlanych (str. 57 wniosku) oraz referencji (str. 58 wniosku), nie budzą wątpliwości. Dodatkowo do pisma Konsorcjum z dnia 14 października 2008 r. dotyczącego przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, załączono pismo wyjaśniające Inwestora, które w ocenie Zamawiającego, usuwa wszelkie potencjalne wątpliwości.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego p. Petera H. (str. 21 wniosku), zadaniem Zamawiającego, kwestionowany dokument jest prawidłowy, co do swej formy oraz treści i potwierdza spełnianie przez Wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowa poprawka dotyczy uzupełnienia pismem ręcznym treści wniosku do Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie daty urodzenia wskazanej osoby. Dane w tym zakresie są niezbędne dla wydania zaświadczenia o niekaralności, wobec czego uzupełnienie to musiało zostać dokonane na oryginale wniosku przed potwierdzeniem niekaralności przez uprawniony organ. Odwołujący się nie wykazał, iż zaświadczenie to zawiera nieprawdziwe dane.

Zamawiający wskazuje, iż Konsorcjum złożyło wymagane w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia dokumenty potwierdzające, że wobec Porr GmbH nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości. Do wniosku dołączono bowiem zaświadczenie Sądu Handlowego w Wiedniu (str. 51-53 wniosku) potwierdzające, że wobec wskazanego Wykonawcy nie toczy się żadne postępowanie upadłościowe lub układowe. W zakresie odnoszącym się do braku otwarcia likwidacji wobec tej Spółki, przedstawiono oświadczenie złożone przed notariuszem, a zatem w przewidzianej prawem formie. W ocenie Zamawiającego brak jest jakichkolwiek przestanek, aby kwestionować prawidłowość formy wskazanego dokumentu. Odwołujący się nie wykazał przy tym, iż austriackie sądy lub organy administracji wystawiają odpowiednie dokumenty potwierdzające, iż wobec spółki nie została otwarta likwidacja. W powołanym przez Odwołującego się przypadku, wykonawcy Alpinie Bau GmbH, złożone zaświadczenie, wystawione przez właściwy Sąd Krajowy, dotyczyło także jedynie prowadzenia wobec spółki postępowania upadłościowego i układowego, natomiast w zakresie otwarcia likwidacji, wykonawca złożył oświadczenie przed notariuszem.

Odnośnie Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., J&P-AVAX S.A., Zamawiający stwierdza, iż podstawą wydania wszystkich przedłożonych zaświadczeń jest art. 576 k.p.k. Różnice redakcyjne w treści zaświadczeń wydawanych przez różne jednostki Prokuratury i uzupełnienie w niektórych przypadkach podstawy prawnej wydania zaświadczenia o art. 575 k.p.k, nie może stać się podstawą do kwestionowania tych dokumentów. Wskazanie dodatkowego przepisu procedury karnej, nie ma żadnego wpływu na zakres udzielanej

---

informacji o karalności. Dodatkowo należy wskazać, iż Odwołujący się nie wykazał, że przedłożone dokumenty potwierdzają okoliczności nieprawdziwe.

W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum w sposób należyty potwierdziło zdolność techniczną do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Złożony przez Konsorcjum Certyfikat doświadczenia w sektorze prywatnym, potwierdza jednoznacznie, że J&P-AVAX S.A., jako generalny wykonawca, należycie wykonał zamówienie dotyczące budowy stadionu Karaiskakis w Pireusie. Sam fakt podzielenia tego zamówienia na dwa kontrakty, nie przesądza o jakiejkolwiek sprzeczności z treścią złożonego Wykazu robót budowlanych, skoro oba kontrakty dotyczą budowy stadionu o wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu parametrach i zostały zakończone w wymaganym okresie przed wszczęciem postępowania. Oczywistym jest, że potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych mogło nastąpić dopiero po ich zakończeniu, a zatem po zrealizowaniu w całości drugiego kontraktu na budowę stadionu.

Odnośnie zarzutów dotyczących Konsorcjum: China Overseas Engineering Group Co. Ltd., China JiangSu International Economic Technical Cooperation Corp., Decoma Sp. z o.o., Zamawiający wyjaśnia, iż Pełnomocnik Konsorcjum, p. Jerzy F. przedstawił pełnomocnictwo upoważniające go do dokonania wskazanych czynności w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczności dotyczące umocowania tego pełnomocnika do dokonywania czynności w dalszym toku postępowania, nie podlegają ocenie Zamawiającego na jego obecnym etapie.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca China Overseas Engineering Group Co. Ltd. przedłożył prawidłowe dokumenty potwierdzające niekaralność osób wchodzących w skład organu zarządzającego Spółki. Przy ocenie, który z organów spółek prawa obcego jest organem zarządzającym w rozumieniu ustawy, należy dokładnie ustalić prawa i obowiązki poszczególnych organów. Z przedłożonej Umowy Spółki China Overseas Engineering Group Co. Ltd. wynika, iż zgodnie z Paragrafem 34, Dyrektor Generalny jest przedstawicielem prawnym Spółki i wykonuje między innymi takie funkcje jak: zarządzanie produkcją i działalnością Spółki oraz organizacja wykonywania uchwał Zarządu, podpisywanie dokumentów, które mają zostać podpisane przez przedstawiciela prawnego, podpisywanie istotnych kontraktów, umów i innych ważnych dla Spółki dokumentów, podejmowanie decyzji w zakresie zatrudniania, odwoływania, udzielania kar i premii pracownikom. Z powyższego

wynika, iż zarówno uprawnienie do prowadzenia spraw Spółki, jak i jej reprezentacji przysługuje właśnie Dyrektorowi Generalnemu. Jest to zatem organ zarządzający. Zgodnie natomiast z Paragrafem 22, 23 i 24 Umowy Spółki, zarząd jest kolegialnym organem, który pełni funkcje organizacyjne i kontrolne, wobec czego nie może zostać uznany za organ zarządzający, w rozumieniu ustawy.

Zdaniem Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia zgłoszone przez Odwołującego się, dotyczące wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum, tj. China JiangSu International Economic Technical Cooperation Corp. Przedstawienie przez Wykonawcę oświadczenia złożonego przed notariuszem o braku zaległości z uiszczaniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne, należy uznać za wystarczający dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż jak wyjaśnił Wykonawca, w Chińskiej Republice Ludowej brak jest formalnego uprawnienia do żądania od organów państwowych zaświadczeń w tym zakresie. Okoliczność uzyskania dokumentów urzędowych przez drugiego Wykonawcę wchodzącego w skład Konsorcjum, została w sposób wyczerpujący wyjaśniona w toku postępowania, a Odwołujący się nie wykazał, aby twierdzenia w tym zakresie byty nieprawdziwe.

Niezasadne są zarzuty Odwołującego się, dotyczące prawidłowości dokumentów potwierdzających zdolność techniczną Konsorcjum. Wskazanie w tłumaczeniu Protokołu potwierdzającym jakość wykonania odbieranej inwestycji - stadionu sportowego w Hohhot w Prowincji Mongolia, jako wykonawcy China JiangSu International Economic Technical Cooperation Company nie może stanowić podstawy do uznania, iż chodzi w tym przypadku o podmiot odmienny od wykonawcy ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia. Określenia dotyczące formy prawnej spółki, jakimi są "Corporation" i "Company" są w słownikach często uważane za równoznaczne określenie spółki. W ocenie Zamawiającego, różnice w tłumaczeniu tych określeń, nie mogą stanowić podstawy do kwestionowania tożsamości Spółki. Należy dać wiarę wyjaśnieniom złożonym przez Konsorcjum w piśmie z dnia 15 października 2008 r., iż wskazane w proteście wątpliwości, odnoszące się do możliwości udzielenia pełnomocnictwa China Overseas Engineering Group Co. Ltd. Oddział w Polsce, ma swoje źródło jedynie w wadliwym tłumaczeniu dokumentu.

Odwołujący się nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i dnia 22 października 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał część zarzutów i żądania zgłoszone w proteście, dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 93 i art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się podnosi, iż podstawą do stwierdzenia przez Zamawiającego braku interesu prawnego było jedynie stwierdzenie, iż brak podstaw do unieważnienia postępowania. Tymczasem, w ocenie Odwołującego się, już sam fakt naruszenia przepisów ustawy skutkujący naruszeniem lub jedynie możliwością naruszenia interesu prawnego, upoważnia do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący się podnosi, iż w dalszym ciągu brak potwierdzenia, że Porr GmbH zrealizowała rozbiórkę starego stadionu i budowę w charakterze generalnego wykonawcy nowego stadionu sportowego w Klagenfurcie.

Zdaniem Odwołującego się, Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., J&P-AVAX S.A. nie potwierdziło zdolności technicznej. Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający w ogóle nie odniósł się do kwestii załączenia protokołu jedynie odnośnie wykonania robót zleconych jednym z kontraktów.

Odwołujący się podnosi w dalszym ciągu nieprawidłowość reprezentacji uczestników Konsorcjum: China Overseas Engineering Group Co. Ltd., China JiangSu International Economic Technical Cooperation Corp., Decoma Sp. z o.o..

Odnośnie dokumentów dotyczących China Overseas Engineering Group Co. Ltd, podtrzymuje zarzut braku wymaganych dokumentów odnośnie osób reprezentujących Spółkę.

Zaś odnośnie China JiangSu International Economic Technical Cooperation Corp

popiera zarzut dotyczący dokumentu potwierdzającego fakt nie zalegania z uiszczaniem podatków i opłat.

Dnia 12 listopada 2008 r., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Konsorcjum Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o. Przystępujący wyjaśnia, iż nieuprawnione jest twierdzenie, że oświadczenia Inwestora są ze sobą sprzeczne, bowiem z treści drugiego dokumentu wyraźnie wynika, że jest ono uzupełnieniem pierwszego. Dodatkowo Przystępujący dołącza kolejne dokumenty, które potwierdzają kwestionowaną okoliczność.

Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., J&P-AVAX S.A., dnia 12 listopada 2008 r., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący podkreśla, że dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma żadnego znaczenia fakt, że projekt budowy stadionu składał się z dwóch kontraktów. Ponadto podnosi, iż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia mogło nastąpić dopiero po wykonaniu całości zamówienia i wiersz „d" Certyfikatu doświadczenia w sektorze prywatnym potwierdza, iż projekt został wykonany prawidłowo.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Środki ochrony prawnej przysługują podmiotom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że Odwołujący się jako uczestnik postępowania ma interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a wszelkie decyzje podejmowane przez Zamawiającego oddziaływują bezpośrednio lub pośrednio na jego sferę prawną. Zatem wszelkie naruszenia przepisów prawa w niniejszym postępowaniu, wynikające z decyzji Zamawiającego, mogą być podnoszone przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG), „odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego". Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Za takim szerokim rozumieniem interesu prawnego opowiedział się również Sąd Okręgowy w Krośnie, w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 r. (sygn. akt I Ca 134/ 06), gdzie stwierdził, że odmienna interpretacja „interesu prawnego" na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia. Również ETS w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, aby wszelkie wątpliwości pojawiające się na tle rozumienia interesu prawnego rozstrzygać zgodnie z przepisami krajowymi, zachowując jednocześnie ducha dyrektywy.

W tych okolicznościach należy uznać, że Odwołujący się legitymuje się interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia, jako niezbędną przesłanką, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wobec powyższego, brak podstaw do oddalenia odwołania, z tej przyczyny.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum: Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o. dołączyło Wykaz wykonanych robót budowlanych (str. 57), z którego wynika, że Porr GmbH wykonał rozbiórkę starego stadionu i wybudował w charakterze generalnego wykonawcy nowy stadion sportowy WÖRTHERSEESTADION w Klagenfurcie. Okoliczność tę potwierdza również inwestor Sportpark Klagenfurt GmbH, w referencjach z dnia 28 lipca 2008 r. (str. 58 wniosku). W nawiązaniu do przedmiotowych referencji, Konsorcjum złożyło kolejne oświadczenie Inwestora, który ponownie potwierdził kwestionowaną okoliczność oraz wyjaśnił, że umowę na sporny kontrakt podpisało Konsorcjum: Porr Technobau und Umwelt AG oraz Alpinie Mayreder Bau GmbH, jednakże w trakcie realizacji inwestycji Porr GmbH przejęła prawa i obowiązki Porr Technobau und Umwelt AG, wynikające z przedmiotowego kontraktu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle złożonych dokumentów, Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować fakt, iż w budowie spornego stadionu uczestniczył członek Przystępującego Konsorcjum, tj. Porr GmbH.

Twierdzenia Odwołującego się, iż przeczą temu dowody w postaci wydruku ze strony internetowej Inwestora, jak również treść sprawozdania finansowego umieszczonego na stronach internetowych Porr AG, nie mogą znaleźć, w opinii Izby, uznania. Nie sposób przyjąć, że wydruk ze strony internetowej, stanowi dowód w rozumieniu przepisów. Na marginesie, warto zwrócić uwagę, na dwie okoliczności. Po pierwsze, na stronach internetowych umieszcza się informacje, które są ważne z punktu widzenia właściciela strony i są to informacje ogólne. Jeśli prześledzimy stronę internetową Inwestora, to uzyskamy informację, iż sporną inwestycję wykonał m.in. Porr AG (a więc ten który podpisał umowę), zaś na stronach internetowych miasta Klagenfurt można przeczytać, iż generalnym wykonawcą był m.in. Porr GmbH (ten podmiot, który w istocie wybudował stadion). Po drugie, Odwołujący się nie zwrócił uwagi, iż sprawozdanie dotyczy pierwszych sześciu miesięcy roku 2005, a więc okresu, w którym nie rozpoczęto jeszcze realizacji kontraktu, co najwyżej była podpisana umowa, a stroną tej umowy, w istocie była, Porr Technobau und Umwelt AG. Zatem należy uznać, że w tym czasie, twierdzenia dotyczące budowy spornego stadionu przez Porr Technobau und Umwelt AG były prawdziwe (budowa rozpoczęła się dopiero w listopadzie 2005 r.) i nie zmienia to faktu, że w późniejszym okresie, prawa i obowiązki wynikające z przedmiotowego kontraktu, przejęła Porr GmbH. Przedstawiony wyrok Sądu w Wiedniu z dnia 13 października 2005 r., również nie zaprzecza okoliczności, iż budowę realizowała Porr GmbH. Wyrok ten potwierdza jedynie fakt, że zamówienie uzyskała m.in. Porr Technobau und Umwelt AG, która to okoliczność, w świetle złożonych w postępowaniu dokumentów, nie budzi wątpliwości. Przedmiotowa okoliczność, nie stanowi również zaprzeczenia, iż faktycznie wykonawstwo realizowała inna spółka z grupy Porr, bowiem nie było to przedmiotem postępowania. Sąd wypowiadał się w kwestii prawidłowości udzielenia zamówienia i powoływał Porr Technobau und Umwelt AG, jako jednego z uczestników Konsorcjum, które uzyskało zamówienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nieczytelny podpis pod treścią referencji z dnia 28 lipca 2008 r., nie stanowi o niewiarygodności przedmiotowego dokumentu. Trudno bowiem odmówić temu oświadczeniu waloru dokumentu.

Odwołujący się przedstawił na rozprawie wyciąg z Rejestru Handlowego Inwestora – Sportpark Klagenfurt GmbH, z którego wynika, że wśród osób uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu spółki nie ma osoby, która podpisała referencje z dnia 14 października 2008 r. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, z okoliczności tej jeszcze nie wynika, że osoba ta nie może składać oświadczeń w imieniu Inwestora. Nie sposób bowiem pominąć pełnomocnictw, jakie mogą funkcjonować w obrocie gospodarczym. Ponadto

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że Zamawiający nie jest uprawniony badać w tym względzie przedmiotowe dokumenty. Jedynie złożenie informacji nieprawdziwych, albo wskazanie okoliczności świadczących o możliwości złożenia takich informacji przez wykonawcę, powinno spowodować określone działanie zamawiającego, z sytuacją taką, w niniejszym postępowaniu, nie mamy jednak do czynienia.

Odwołujący się podnosi ponadto, iż Porr GmbH nie był generalnym wykonawcą spornej inwestycji i nie wiadomo, kiedy przystąpił do realizacji przedmiotowego zamówienia. Twierdzenia te nie znajdują uzasadnienia wobec treści złożonych dokumentów. Z oświadczenia Inwestora jednoznacznie wynika, iż właśnie ten podmiot był generalnym wykonawcą i to jemu zlecono wybudowanie spornego stadionu (referencje z dnia 28 lipca 2008 r.). Ewentualna data przejęcia praw i obowiązków wynikających z kontraktu nie ma znaczenia, bowiem w świetle złożonego oświadczenia inwestora nie ma wątpliwości, iż ten podmiot wybudował jako generalny wykonawca wskazany stadion, a zatem spełnił warunek określony w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Wobec powyższego, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, decyzja Zamawiającego o spełnianiu przez Konsorcjum: Porr (Polska) S.A., Porr GmbH, Strabag Sp. o.o., Zeman Hale-Dachy-Fasady Sp. z o.o., warunków udziału w postępowaniu, była prawidłowa. Dodatkowe dokumenty dołączone przez Przystępującego do przystąpienia do postępowania

odwoławczego pozostają bez wpływu na wcześniejszą ocenę, dokonaną w oparciu o zgromadzone już dokumenty.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego się, iż uczestnik Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., J&P-AVAX S.A. nie wykonał dwóch kontraktów, składających się na budowę stadionu Karaiskakis w Pireusie. Treść, dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów, tj. Wykazu wykonania robót budowlanych, w żadnym razie nie pozostaje w sprzeczności z Certyfikatem doświadczenia w sektorze prywatnym. Inwestor w przedmiotowym dokumencie wyraźnie wskazuje, że projekt obejmował budowę stadionu piłkarskiego o określonych parametrach technicznych wraz z zapleczem. Projekt składał się z dwóch kontraktów, jednakże Inwestor czyniąc w przedmiotowym dokumencie rozróżnienie na kontrakty, nie wskazuje różnych podmiotów odpowiedzialnych za ich wykonanie, a wręcz przeciwnie, jako głównego wykonawcę, wskazuje firmę J&P-AVAX S.A. Co więcej, inwestor powtarza tę informację w wierszu „b", określając ten podmiot mianem wykonawcy projektu (a więc budowy stadionu) i to w pełnym zakresie (100%).

Co do drugiego aspektu sformułowanego zarzutu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że jeśliby nawet przyjąć, jak chce Odwołujący się, że Certyfikat doświadczenia w sektorze prywatnym stanowi dokument odbioru robót budowlanych składających się na

realizację Dodatkowego Kontraktu, to nie można pominąć faktu, że Inwestor zamieścił tam również dane dotyczące Podstawowego Kontraktu (pomimo że z wiersza „a" w sposób wyraźny wynika, z jakim projektem kontrakt ten jest związany) oraz tego, że Inwestor w sposób precyzyjny posługuje się nazewnictwem. Skoro tak, to należy przyjąć, że w przedmiotowym dokumencie, a więc dokumencie ostatecznie rozliczającym przedmiotową budowę, Inwestor zawarł również informację dotyczącą należytego wykonania budowy przedmiotowego stadionu. Potwierdza to zapis dotyczący Podstawowego Kontraktu (czasu realizacji, wartości) oraz okoliczność, iż Inwestor wyraźnie rozróżnia projekt od kontraktu. Zaś stwierdzenie dotyczące „prawidłowości wykonania" odnosi się do projektu. Trudno więc przyznać rację Odwołującemu się, iż tylko z powodu umieszczenia zapisu w wierszu „d", w którym znajduje się rozliczenie robót Dodatkowego Kontraktu, należałoby uznać, że prawidłowość dotyczy jedynie drugiego kontraktu. Dokładnie przecież nad tym stwierdzeniem, w wierszu „c", mowa jest o dwóch kontraktach, a nie dwóch projektach. Sposób redakcji referencji nie może mieć przecież rozstrzygającego charakteru w przedmiocie oceny ich treści, tym bardziej, że nie ma żadnych przepisów regulujących tę materię, a ponadto mamy do czynienia z odmiennymi ustrojami prawnymi.

W świetle przedłożonych dokumentów, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do uznania, iż Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., J&P-AVAX S.A., nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

W zakresie zarzutów sformułowanych wobec Konsorcjum: China Overseas Engineering Group Co. Ltd, China JangSu International Economic Technical Cooperation Corp., Decoma Sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, co następuje:

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostało dołączone pełnomocnictwo z dnia 28 lipca 2008 r., z którego wynika, że uczestnicy Konsorcjum upoważniają Jerzego F. do ich reprezentowania w postępowaniu o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na wykonanie Projektu („Postępowanie Prekwalifikacyjne"). W tych okolicznościach Odwołujący się podnosi, iż nie jest możliwe, na gruncie przepisu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, uznanie przedmiotowego pełnomocnictwa za właściwe. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela twierdzenia Odwołującego się. Z treści powołanego przepisu wynika jedynie, że do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu, jak i do zawarcia umowy niezbędne jest pełnomocnictwo rodzajowe. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, żeby pełnomocnictwa udzielać sukcesywnie do etapów postępowania. Można sobie bowiem wyobrazić, że uczestnicy Konsorcjum, na różnych etapach postępowania, umocują inne osoby. Przepis art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, w żadnym razie tego nie zakazuje.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż istotą przywołanej regulacji jest to, iż dla dokonywania czynności w postępowaniu, konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe, a nie

ogólne. Z tych też względów należy uznać, iż sporne pełnomocnictwo, które zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Pzp, należy oceniać na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego, spełnia wymagania określone w art. 98 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej k.c.

Z treści przedmiotowego pełnomocnictwa wynika również, że uczestnik Konsorcjum China JangSu International Economic Technical Cooperation Corp., działa przez p. Feng N., który do reprezentowania Spółki, został ustanowiony na podstawie odrębnego pełnomocnictwa. To odrębne pełnomocnictwo, z dnia 21 lipca 2008 r., zostało udzielone China Overseas Engineering Group Co. Ltd Oddział w Polsce, z czego Odwołujący się czyni zarzut, gdyż podmiot ten nie jest osobą prawną, która w swoim imieniu może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania. Jednakże dokonując oceny przedmiotowego pełnomocnictwa, nie sposób pominąć, znajdujących się w dokumentacji postępowania wyjaśnień tłumacza, który stwierdza, że w wersji polskiej przedmiotowego dokumentu pełnomocnictwa znajduje się błąd, polegający na tym, iż podano, że firma JangSu upoważniła China Overseas Engineering Group Co. Ltd Oddział w Polsce do działania w jej imieniu, gdy tymczasem umocowała China Overseas Engineering Group Co. Ltd. Błąd ten wkradł się na skutek wykorzystywania funkcji autouzupełniania. Wobec powyższego, nie sposób uznać, że kwestionowane pełnomocnictwo jest wadliwe. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że nie treść przekładu kreuje wolę mocodawcy. Rozstrzygający w tym względzie zawsze będzie dokument źródłowy i tłumaczenie, które w sposób bezbłędny odzwierciedla jego treść.

Jak wynika z umowy spółki China Overseas Engineering Group Co. Ltd, kompetencje związane z prowadzeniem Spółki zostały podzielone między: zgromadzenie wspólników, zarząd, radę nadzorczą i dyrektora generalnego. Zadania z zakresu zarządzania spółką realizują zarówno zarząd, jak i dyrektor generalny. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela twierdzenia Odwołującego się, iż skoro w Spółce został powołany zarząd, to informacje z Krajowego Rejestru Karnego, należy złożyć dla wszystkich jego członków. Argumentacja ta nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisu art. 24 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdzie mowa o członku organu zarządzającego. Skoro więc mamy do czynienia z odmiennym systemem prawnym i jak wynika z treści umowy Spółki, inny jest charakter organów (nazewnictwo, kompetencje), nie sposób na tej podstawie, rozstrzygnąć, który z organów jest organem zarządzającym. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, sama analiza treści umowy Spółki nie jest wystarczająca dla oceny, który z organów jest organem zarządzającym w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący się poprzestał bowiem na nieuprawnionym uproszczeniu, że zarząd na gruncie prawa chińskiego odpowiada zarządowi, a więc w istocie organowi zarządzającemu, na gruncie prawa polskiego. Takie twierdzenie Odwołującego się wynika jedynie z tożsamości

nazewnictwa. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowisko powyższe nie jest właściwe. Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca mówi o organie zarządzającym, nie odnosząc tego pojęcia do warunków prawa polskiego. Rozstrzygająca też nie może być treść umowy Spółki, nie sposób bowiem interpretować ją w oderwaniu od systemu prawnego, któremu podlega. W tym względzie, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, należy poprzestać na wskazaniu danego wykonawcy. Odmienna ocena niniejszego stanu faktycznego, mogłaby być oparta jedynie na dowodzie przeciwnym, z którego by wynikało, że w chińskim systemie prawnym, właśnie zarząd, a nie dyrektor generalny, spełnia rolę organu zarządzającego. Takiego przeciwdowodu Odwołujący się nie przedstawił, zatem należy uznać, że przedstawienie zaświadczenia o niekaralności dyrektora generalnego, jest wystarczające.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączono pokwitowanie opłacania podatków przelewem przez China JangSu International Economic Technical Cooperation Corp. Zamawiający uznał, iż z przedmiotowego dokumentu nie wynika fakt braku zaległości podatkowych Spółki, stąd też wezwał Konsorcjum do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (pismo z dnia 1 września 2008 r.). W odpowiedzi (pismo z dnia 17 września 2008 r.) Konsorcjum wyjaśniło, że w Chińskiej Republice Ludowej brak jest regulacji prawnych dotyczących wydawania przedmiotowych zaświadczeń, zatem brak podstawy do skutecznego ubiegania się o przedmiotowe zaświadczenie. Uzyskanie przedmiotowego zaświadczenia zależy od swobodnej decyzji właściwych władz skarbowych.

Jednocześnie Konsorcjum dołączyło oświadczenie złożone w imieniu China JangSu International Economic Technical Cooperation Corp. przed notariuszem, z którego wynika, że podmiot ten nie zalega z uiszczaniem podatków.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, skoro Konsorcjum wskazało, że w Chińskiej Republice Ludowej brak prawnych możliwości do ubiegania się o przedmiotowe zaświadczenie, a Odwołujący się nie wskazał dowodu przeciwnego, to nie ma podstaw, żeby zakwestionować przedmiotowe oświadczenie. Oceny tej nie zmienia również fakt, że w stosunku do innego uczestnika Konsorcjum z Chińskiej Republiki Ludowej, takie zaświadczenie zostało przedstawione. Konsorcjum, w swoich wyjaśnieniach wyraźnie bowiem podkreśliło, że uzyskanie zaświadczenia zależy od swobodnej decyzji odpowiednich władz skarbowych. Skoro władze te nie mają obowiązku wydawania zaświadczeń, nie sposób więc to wyegzekwować. Ponadto, nie bez znaczenia jest fakt, na co Konsorcjum zwróciło uwagę w złożonych wyjaśnieniach, że China Overseas Engineering Group Co. Ltd jest spółką Chińskiego Skarbu Państwa. W tych okolicznościach, uzupełnienie przedmiotowego dokumentu w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem spełnia wymogi przepisu § 2 ust. 3 Rozporządzenia. Przedmiotowe oświadczenie, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, zostało opatrzone podpisem notariusza p. Jiang Y. (str. 2 tłumaczenia przedmiotowego aktu notarialnego).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

B.

Dnia 10 października 2008 r., Odwołujący się Konsorcjum: Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. wniosło protest wobec czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczenia Odwołującego się z postępowania, wskazując na zarzut naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 51 ust. 1 i wnosząc o unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczenia Odwołującego się z postępowania, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków i uznanie, że Odwołujący się spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący się wyjaśnia, iż na wezwanie Zamawiającego uzupełnił wniosek o wykaz wykonanych robót, z którego wynika, że wykonał dwie roboty odpowiadające wymaganiom Zamawiającego, określonym w pkt III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu. W poz. 1 wskazał budowę stadionu Auf Schalke 04, zrealizowaną w latach 1999-2005. Przedłożył też dodatkowe referencje, z których wynika, że Odwołujący się od początku budowy stadionu, tj. od roku 1999 do roku 2005 działał nieprzerwanie jako generalny wykonawca w budowie stadionu. Również w wyjaśnieniach Odwołujący się stwierdził, że realizacja inwestycji, jaką było kompletne wybudowanie stadionu trwała do 2005 r. Zatem Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że skoro sama budowa stadionu zakończyła się w 2001 r., to prace wykonywane w okresie 2000-2005 r., wykonywane były poza budową stadionu, stąd nie mogą być uwzględnione.

W poz. 2 przedmiotowego wykazu Odwołujący się wskazał zrealizowaną jako generalny wykonawca budowę stadionu, w latach 2003-2005, MSV Arena, o pojemności 30 500 miejsc siedzących, posiadającego zadaszenie dla tej liczby miejsc. W załączeniu do złożonych wyjaśnień Odwołujący się przedstawił również referencje potwierdzające ten fakt.

Odwołujący się wyjaśnia, iż nie wykazał, że dokumentacja projektowa stadionu

uwzględniała zwiększenie pojemności do 30 500 miejsc siedzących i że w oparciu o taki projekt były wykonywane roboty, gdyż Zamawiający tego nie wymagał. Z pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu nie wynika bowiem, że pojemność stadionu powinna wynosić nie mniej niż 30 000 miejsc siedzących na zadaszonych trybunach już w momencie realizacji przez wykonawcę tego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący się wskazał, że w rzeczywistości pojemność wybudowanego przez niego stadionu wynosiła 30 500 miejsc siedzących zarówno na etapie projektu, jak i w momencie realizacji przez wykonawcę tego zamówienia. Na dowód powyższego Odwołujący się złożył dodatkowe wyjaśnienia Inwestora.

Dnia 13 października 2008 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący podkreśla, że brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skutkuje wykluczeniem wykonawcy, stąd czynność Zamawiającego należy uznać za prawidłową.

Pismem z dnia 17 października 2008 r. Zamawiający protest oddalił. W ocenie Zamawiającego Odwołujący się nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, mimo uprzedniego wezwania przez Zamawiającego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 22 października 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Dnia 7 listopada 2008 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący się nie wykazał wykonania robót budowlanych odpowiadających warunkom określonym w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Przystępujący podnosi, iż pierwszy z wykazanych obiektów został zrealizowany w roku 2001, zaś do 2005 r. prowadzone były odrębne od stadionu roboty infrastrukturalne. Zaś drugi stadion, nie został wybudowany na co najmniej 30 000 miejsc siedzących, ale z opcją na taką ilość.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w przedmiocie zdolności technicznej postawił (pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu) następujący warunek: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie obejmujące: i) wybudowanie w charakterze generalnego wykonawcy co najmniej jednego stadionu sportowego na co najmniej 30 000 miejsc siedzących, posiadającego zadaszone trybuny na co najmniej 30 000 miejsc lub ii) rozbudowanie w charakterze generalnego wykonawcy co najmniej jednego stadionu sportowego poprzez zwiększenie ilości miejsc siedzących na tym stadionie o minimum 15 000, a ilość miejsc siedzących na tym stadionie po rozbudowie jest nie mniejsza niż 30 000 i stadion ten posiada po rozbudowie zadaszone trybuny na co najmniej 30 000 miejsc siedzących. W celu potwierdzenia zdolności technicznej wykonawcy do wykonania zamówienia, zamawiający żąda wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym opisanym w warunku, z podaniem: przedmiotu wykonanych robót budowlanych, w tym ilości miejsc siedzących na zadaszonych trybunach (w przypadku rozbudowy ilości miejsc siedzących przed i po rozbudowie oraz ilości miejsc siedzących na zadaszonych trybunach przed i po rozbudowie), daty i miejsca wykonania, zleceniodawcy, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (…).”

Odwołujący się w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawarł „Wykaz wykonanych robót budowlanych”, w którym wskazał dwie inwestycje (str. 58 przedmiotowego wniosku). Po pierwsze, budowę stadionu Auf Schalke 04 w Gelsenkirchen, zrealizowaną na zlecenie FC Schalke 04 e.V. w latach 1999 – 2005, o pojemności 53 993 miejsc siedzących (wszystkie na zadaszonych trybunach). Po drugie, budowę stadionu MSV Arena w Duisburgu, na 28 000 miejsc siedzących na zadaszonych trybunach, gdzie zleceniodawcą był MSV Duisburg Stadionprojekt GmbH & Co. KG, a budowa realizowana była w okresie od 2003 r. do 2005 r.

Należyte wykonanie przedmiotowych inwestycji potwierdzają zleceniodawcy w listach referencyjnych, których wersja w języku polskim znajduje się na str. 60, 62 przedmiotowego wniosku. Z pierwszego z nich dowiadujemy się, że firma Baugesellsachaft Walter Hellmich GmbH (lider Odwołującego się Konsorcjum) wykonywała zadanie w charakterze

Konstruktora Generalnego. „Prace nad budową stadionu rozpoczęły się w roku 1999 i trwały do roku 2005, łącznie z pracami nad infrastrukturą dla Centrum Rehabilitacyjnego należącego do obiektu Arena. (…) Firma Walter Hellmich GmbH miała istotny wkład w budowę tego centrum sportowego. Zrealizowała ona budowę całej infrastruktury, wykonała prace związane z przebudową, jak również wykończenie wnętrza stadionu jako Konstruktor Generalny.”

Zamawiający, na podstawie ww. dokumentów stwierdził, że Odwołujący się nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu i wezwał go, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (pismem z dnia 1 września 2008 r.), do uzupełnienia wniosku o wykaz robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu i złożenia oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie tych robót. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji stwierdził, że „załączony wykaz robót pod pozycją 1 podaje informację sugerującą, że to ten wykonawca wybudował stadion Auf Schalke 04 z 53 993 miejscami siedzącymi w latach 1999 – 2005, podczas gdy z listu polecającego (karta 000060) wynika jednoznacznie, że wykonawca ten był generalnym konstruktorem przebudowy i wykończenia części zbudowanego już wcześniej stadionu w zakresie infrastruktury i wykończenia lokalizowanego tam centrum rehabilitacyjnego. Ponadto z pisma z dnia 15.06.2005 roku sporządzonego przez FC Schalke 04-Stadion-Beteilingungsgesellschaft GmbH & Co. Immobilienverwaltungs KG, adresowanego do HBM Stadion-und Sportstattenbau GmbH w Neuss wynika, że to właśnie ta spółka była projektantem i wykonawcą tego stadionu w latach 1997 – 2001” (pismo to Zamawiający załączył do przedmiotowego wezwania).

W odpowiedzi Odwołujący się (pismem z dnia 15 września 2008 r.) wyjaśnił, że w treści referencji wystawionych przez FC Schalke 04-Stadion-Beteilingungsgesellschaft GmbH & Co. Immobilienverwaltungs KG, a dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, znajduje się błąd, polegający na tym, że firmę Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH nazwano generalnym konstruktorem, zamiast generalnym wykonawcą. Jednocześnie Odwołujący się wyjaśnił, że w przedmiotowych referencjach Inwestor potwierdzając wykonywanie prac w okresie od 1999 r. do 2005 r., wymienił jedno z wielu zadań, które składały się na realizację inwestycji. Odwołujący się przekazał również pismo (z dnia 4 września 2008 r.) Inwestora, który potwierdza status generalnego wykonawcy uczestnika Odwołującego się Konsorcjum i jednocześnie wyjaśnia, że najpierw podmiot ten realizował prace w konsorcjum z inną firmą dla HBM Bau GmbH, gdyż właśnie ta firma otrzymała zlecenie na „generalne przejęcie i koordynowanie realizacji zadania (projektowanie i budowa)”. Oprócz tego, równolegle i nieprzerwanie firma Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH realizowała „dalsze prace przy wybudowaniu stadionu”.

Jednocześnie Odwołujący się wyjaśnił, że pojemność stadionu MSV-Arena może być, w zależności od potrzeb, zwiększona do 30 500 zadaszonych miejsc siedzących przez dostawienie trzech rzędów w dolnym obszarze stadionu, co niejednokrotnie miało miejsce. Na dowód powyższego Odwołujący się dołączył kolejne referencje wystawione przez Inwestora w dniu 4 września 2008 r.

Pismem z dnia 1 października 2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się

o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że złożone przez Odwołującego się dokumenty i wyjaśnienia nie pozwalają na przyjęcie, że Odwołujący się spełnia, opisany w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej. Zamawiający zauważył, że z przekazanego pisma Inwestora z dnia 4 września 2008 r. wynika, co prawda, że Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH tworząc konsorcjum z innym podmiotem, wykonywała roboty budowlane przy budowie stadionu Arena Auf Schalke 04 jako generalny wykonawca, jednakże przedmiotowa budowa została zakończona w roku 2001, kiedy to obiekt ten został przekazany inwestorowi. Jednocześnie, jak wynika z powyższego pisma, uczestnik Odwołującego się Konsorcjum wykonywał w latach 2000 do 2005 roboty budowlane samodzielnie, na podstawie odrębnych od budowy stadionu zleceń. W tych okolicznościach, Zamawiający stwierdził, że nie ma podstaw do przyjęcia, że budowa stadionu zakończyła się dopiero w roku 2005. Należy uznać, że miało to miejsce w 2001 r., a skoro tak, to przedmiotowa inwestycja nie może być brana pod uwagę, gdyż nie spełnia wymogu zrealizowania w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do budowy stadionu MSV-Arena Zamawiający wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący się wskazał, iż liczba miejsc siedzących na zadaszonych trybunach wynosi 28 000, zaś w piśmie Inwestora (z dnia 4 września 2008 r.) mowa jest o możliwości zwiększenia tych miejsc do 30 500. Jednakże na podstawie złożonych dokumentów i wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości ustalenia, czy dokumentacja projektowa przedmiotowego stadionu uwzględniała zwiększenie pojemności do 30 500 miejsc siedzących i czy w oparciu o taki projekt były prowadzone przez Odwołującego się roboty budowlane. Zgodnie bowiem z pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, pojemność stadionu, którego budowę lub rozbudowę przeprowadził Odwołujący się, powinna wynosić nie mniej niż 30 000 miejsc siedzących na zadaszonych trybunach już w momencie realizacji zamówienia przez Odwołującego się.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający podjął nieprawidłową decyzję o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania. Zamawiający opisał bowiem warunek doświadczenia w taki sposób, iż należało wykonać przynajmniej jedno zamówienie

obejmujące wybudowanie lub rozbudowanie w charakterze generalnego wykonawcy stadionu sportowego o określonej pojemności (ilości miejsc siedzących na zadaszonych trybunach), w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. W świetle tak sformułowanego warunku, nie ulega wątpliwości, że Zamawiającemu chodziło o wykazanie robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa stadionu sportowego o określonych parametrach. Zamawiający zakreślił więc pewne minimum, które należy wykazać, tj. roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym opisanym w warunku. Zaś z brzmienia warunku jednoznacznie wynika, że ma to być budowa lub przebudowa stadionu sportowego liczącego określoną ilość miejsc siedzących i to na zadaszonych trybunach. Zatem na zamówienie miała składać się przynajmniej budowa lub przebudowa areny i miejsc przeznaczonych dla widowni. Zamawiający uznał więc, że stadion sportowy obejmuje przynajmniej te dwa wskazane elementy, stąd też użył określenia „zamówienie obejmujące", bowiem w różny sposób może być definiowany stadion sportowy. Realizację tak zdefiniowanego zamówienia należało wykazać w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania.

Na tle tak sformułowanego warunku Zamawiający dokonał oceny złożonych przez Odwołującego się dokumentów i podjął decyzję o jego wykluczeniu. Jednakże należy zauważyć, iż Zamawiający wyraźnie wskazał powód swojego działania, którym był brak wykazania realizacji żądanego zamówienia w zakreślonym terminie (pismo z dnia 1 października 2008 r.).

Odwołujący się podnosi, że na wezwanie Zamawiającego uzupełnił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o Wykaz wykonanych robót i że roboty te spełniają wymagania Zamawiającego. Budowa stadionu Auf Schalke 04 była prowadzona w latach 1999 do 2005 i firma Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH pełniła funkcję generalnego wykonawcy przedmiotowej inwestycji. Jednakże zauważyć należy, że

Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż uzupełnienie miało miejsce, jak również pełnionej funkcji generalnego wykonawcy. Przedmiotowa okoliczność została wyjaśniona w piśmie Inwestora z dnia 4 września 2008 r. Jednakże wymagane roboty nie mieszczą się w zakreślonym przez Zamawiającego przedziale czasowym.

Z treści uzupełnionych referencji jednoznacznie wynika, że budowa Areny zakończyła się w roku 2001. W świetle przedmiotowego oświadczenia Inwestora, Zamawiający miał jasność, iż Odwołujący się nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, w przedmiocie zdolności technicznej. Zamawiający w sposób jednoznaczny postawił bowiem warunek, że należy wykazać roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym opisanym w warunku, a jak wynika z warunku przedmiotem tych robót ma być przynajmniej stadion o określonych parametrach. Zamawiający więc dopuszcza, że w ramach

zrealizowanego zamówienia będą mieściły się jeszcze inne roboty, ale nie zmienia to faktu, że intencją Zamawiającego nie jest, żeby w zakreślonym terminie wykazać realizację robót budowlanych, które pozostają w jakimkolwiek związku z budową czy też przebudową stadionu.

Odwołujący się zdaje się zapominać, że dokumentem składanym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz określonych robót budowlanych wykonanych w zakreślonym przedziale czasowym. Robotą budowlaną w niniejszym stanie faktycznym jest budowa lub przebudowa stadionu sportowego (obiektu budowlanego). Przez obiekt budowlany, zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) należy rozumieć m.in. budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Nie ulega zatem wątpliwość, że oddana w 2001 r. do użytku Arena stanowiła taką właśnie całość, a to że równolegle, jak również po dokonaniu odbioru stadionu były prowadzone prace budowlane, mające na celu podwyższenie standardu obiektu, np. dodatkowe boiska, bieżnie, centrum rehabilitacyjne, nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela więc stanowiska Odwołującego się, że „realizacja inwestycji, jaką było kompletne wybudowanie stadionu trwała do 2005 r.” Z treści referencji wynika jednoznacznie, że inwestycja obejmowała szerszy zakres robót niż wybudowanie stadionu, zaś sam stadion, jak wynika z treści referencji i powszechnie dostępnych informacji, został ukończony w roku 2001. Słuszne było więc działanie Zamawiającego, który na gruncie złożonych dokumentów przyjął, że w okresie ostatnich pięciu lat Odwołujący się nie wykonał robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa stadionu sportowego.

Odwołujący się stawia również zarzut, że Zamawiający swoją decyzją nie dopuszcza wykonawców, którzy są zdolni zrealizować przedmiot zamówienia należycie. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca jednak uwagę, że Zamawiający nie podważa doświadczenia i solidności Odwołującego się, Zamawiający nie twierdzi przecież, że Odwołujący się przedmiotowej budowy nie wykonał, ale że nie wykonał jej we wskazanym terminie. Takie ograniczenie czasowe Zamawiający wprowadził zgodnie z treścią Rozporządzenia i tego wymogu należało dotrzymać.

Jeśli idzie zaś o drugą inwestycję wskazaną przez Odwołującego się, to Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że budowa stadionu MSV Arena, wskazana w Wykazie zrealizowanych robót, nie spełniała wymagań Zamawiającego ze względu na niewystarczającą ilość miejsc siedzących. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący się w uzupełnionym Wykazie określił liczbę miejsc na 30 500. Jednocześnie z dołączonej referencji z dnia 4 września 2008 r. wynika, że wielkość widowni można zwiększyć do wskazanego rozmiaru, gdyż obrzeże boiska może być wyposażone

w ruchomą, aczkolwiek zadaszoną trybunę, co pozwala na uzyskanie pojemności 30 500 miejsc. W decyzji o wykluczeniu (pismo z dnia 1 października 2008 r.), Zamawiający w istocie nie zakwestionował faktu, iż przedmiotowy stadion nie ma wskazanej pojemności, lecz poddał w wątpliwość okoliczność, czy dokumentacja projektowa uwzględniała taką pojemność i czy w oparciu o nią Odwołujący się realizował roboty budowlane. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na fakt, że Inwestor, w piśmie z marca 2005 r., potwierdził

wybudowanie stadionu przez uczestnika Odwołującego się Konsorcjum, w nawiązaniu do wystawionych referencji stwierdza (pismo z dnia 4 września 2008 r.), że wybudowany przez tego wykonawcę stadion, może być wyposażony w ruchomą trybunę, która pozwala zwiększyć liczbę miejsc siedzących przynajmniej do poziomu wymaganego przez Zamawiającego. Trudno sobie wyobrazić, żeby ruchome trybuny były dostawiane tylko na tej podstawie, że między boiskiem a stacjonarną częścią trybun znajduje się wolne miejsce. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie sposób przyjąć, że rozwiązań takich nie przewidywał projekt budowlany. Nie można też pominąć faktu, że Inwestor mówi o budowie stadionu i to przez wskazanego wykonawcę, nie mówi, że w wyniku ewentualnej przebudowy przewidziano miejsce dla trybun ruchomych. Wszystkie oświadczenia Inwestora, jakkolwiek zawarte w kilku pismach, dotyczą jednej budowy wykonanej przez tego samego wykonawcę.

Jeśli nawet by przyjąć, że Zamawiający miał wątpliwości, iż wybudowano stadion o wskazanej pojemności, kwestię tę mógł ewentualnie wyjaśnić. Twierdzenie, iż z dokumentów nie wynika, w oparciu o jaki projekt były realizowane roboty, nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający sam bowiem przyznaje, że ma wątpliwości, a jeśli tak, to nie mogą być one interpretowane na niekorzyść Odwołującego się. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nakłada bowiem na Zamawiającego obowiązek wzywania do udzielenia wyjaśnień. Tak jak wezwanie do uzupełnienia dokumentów może nastąpić jeden raz, tak żądanie wyjaśnień jest konieczne w każdej sytuacji, w której pojawia się niejasność, a o te tym bardziej nie trudno, jeśli mamy do czynienia z konsorcjami o charakterze międzynarodowym, których uczestnicy działają w różnych systemach prawnych.

Skoro Zamawiający tego zaniechał, a uzyskał kolejną informację wyjaśniającą, nawet na etapie protestu, która jednoznacznie potwierdzała wątpliwości Zamawiającego, powinien był zweryfikować swoje stanowisko. Informacja ta nie stanowiła przecież uzupełnienia dokumentów, ale wyjaśnienie dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego. W świetle powyższych okoliczności nie sposób uznać, że budowa stadionu MSV Arena nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 26 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 3 oraz art. 51 ust. 1 ustawy Pzp

---

należy uznać za przedwczesny, gdyż dotyczy dalszego etapu postępowania, a więc czynności jeszcze nie podjętych przez Zamawiającego. Zaś zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest chybiony, z uwagi na fakt, iż biorąc pod uwagę pierwotnie złożony przez Odwołującego się Wykaz wykonanych robót, w powiązaniu z innymi dokumentami postępowania, stwierdzić należy, iż dawał podstawę do wezwania Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów. Brak podstaw do uznania naruszenia przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający przekazał rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem zainteresowanym podmiotom, a okoliczność, iż nie wziął wszystkich argumentów pod uwagę i w konsekwencji podjął wadliwe rozstrzygnięcie stanowi jedynie podstawę do korzystania z dalszych środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 oraz 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 **Gdańsku.**

Przewodniczący:
.....
Członkowie:
……..……..……..
……..……..……..

_____
* *niepotrzebne skreślić*