

Sygn. akt KIO/UZP 354 /09

**WYROK**  
**z dnia 2 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio

**Członkowie:** Izabela Kuciak

Emil Kuriata

**Protokolant:** Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Porr (Polska) S. A., Warbud S. A., Porr GmbH, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie 40-037 Katowice, ul. Ligonía 46** protestu z dnia **05 marca 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Polimex - Mostostal S.A., Hans Borner GmbH & Co KG ul. Czackiego 15/17 00-950 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Alpine Bau Deutschland AG, Alpine Bau GmbH, Alpine Construction Polska Sp. z o.o., Piecexport - Piecbud S.A. ul. Rzeczna 11 30-021 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., HOCHTIEF Construction AG, Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr Sp. z o.o. ul. Elbląska14 01-737 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Budimex Dromex S.A., Max Bogl Bauunternehmung GmbH & Co KG, Max Bogl Polska Sp. z o.o. ul. Stawki 40 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: MSF Moniz de Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A., MSF Polska Sp. z o.o., Sociedade de Construção Soares da Costa S.A., FDO Construções S.A., Alexandre Barbosa Borgis S.A., Martifer Polska Sp. z o.o., Martifer – Construções Metalomecánicas S.A. Al. Jerozolimskie 56c Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje w ramach ponownej oceny wniosków:**

- dokonać stosownych wyjaśnień dokumentów załączonych do wniosku **Konsorcjum: Alpine Bau Deutschland AG, Alpine Bau GmbH, Alpine Construction Polska Sp. z o.o., Piecexport - Piecbud S.A. ul. Rzeczna 11 30-021 Kraków** w zakresie opisanym w uzasadnieniu
- dokonać stosownych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów załączonych do wniosku **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., HOCHTIEF Construction AG, Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr Sp. z o.o. ul. Elbląska 14 01-737 Warszawa** w zakresie opisanym w uzasadnieniu

**2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Śląskie 40-037 Katowice ul. Ligonia 46** 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 uiszczonego przez **Konsorcjum: Porr (Polska) S. A., Warbud S. A., Porr GmbH 01-531 Warszawa ul. Wybrzeże Gdańskie 6a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Śląskie 40-037**

**Katowice ul. Ligonía 46** na rzecz **Konsorcjum: Porr (Polska) S. A., Warbud S. A., Porr GmbH 01-531 Warszawa ul. Wybrzeże Gdańskie 6a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Porr (Polska) S. A., Warbud S. A., Porr GmbH 01-531 Warszawa ul. Wybrzeże Gdańskie 6a**

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

### **STAN FAKTYCZNY**

Zamawiający, Województwo Śląskie, reprezentowany przez Spółdzielnię Projektowania i Usług Inwestycyjnych Inwestprojekt-Śląsk prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”.

W dniu 23.02.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonanej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

### **PROTEST**

Wobec ww. czynności zamawiającego, w dniu 05.03.2009 r. Konsorcjum w składzie: Porr (Polska) S.A., Warbud S.A., Porr GmbH, zwane dalej „Konsorcjum Porr”, wniosło protest na zaniechanie przez zamawiającego czynności, do których był obowiązany na podstawie ustawy, polegających na niewykluczeniu Wykonawców – Konsorcjum, w którym rolę lidera pełni Alpine Bau Deutschland AG z siedzibą w Berlinie oraz Konsorcjum firm, w którym rolę lidera pełni MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie pomimo niezłożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również Konsorcjum reprezentowanego przez Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum

reprezentowanego przez Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie z uwagi na przedłożenie przez tychże Wykonawców nieprawdziwych informacji w zakresie niemożliwości uzyskania zaświadczeń o niekaralności przez komplementariuszy spółek wchodzących w skład tychże konsorcjów, oraz na niewzewaniu Wykonawców: Konsorcjum firm, w którym rolę lidera pełni Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum firm w którym rolę lidera pełni MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie oraz Konsorcjum firm Hochtief Polska Sp. z o.o., Hochtief Construction A.G., Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr Sp. z o.o. do uzupełnienia wymaganej przepisami prawa i postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu dokumentacji, pomimo niezłożenia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w ocenie protestującego w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 i 3 oraz art. 7 ust 1 ustawy.

W związku z powyższym protestujący w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy wniósł o wykluczenie Wykonawcy – Alpine Bau Deutschland AG z siedzibą w Berlinie z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę wymaganej w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu zdolności technicznej na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nadto o wykluczenie Wykonawcy – MSF - Moniz Da Maia, Serra & Fortunato - Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę wymaganej w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu zdolności technicznej na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo uzupełnienia przez Wykonawcę dokumentacji w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Poza tym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy protestujący wniósł o wezwanie Wykonawców – konsorcjum, w którym rolę lidera pełni Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz konsorcjum firm Hochtief Polska Sp. z o.o., Hochtief Construction AG., Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr Sp. z o.o. do uzupełnienia załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów. Protestujący wniósł także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy o wykluczenie Wykonawców: Konsorcjum reprezentowanego przez Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum reprezentowanego przez Polimer Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie z uwagi na przedłożenie przez tychże Wykonawców nieprawdziwych informacji w zakresie niemożliwości uzyskania w Republice Federalnej Niemiec zaświadczeń o niekaralności przez komplementariuszy spółek wchodzących w skład konsorcjów.

W uzasadnieniu protestu (pominięto zarzuty uznane przez zamawiającego oraz zarzuty, z których protestujący wycofał się w odwołaniu) Konsorcjum Porr wskazało, iż zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 Ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do

przeprowadzenia postępowania, przy czym oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Tym samym nie budzi żadnych wątpliwości, iż Zamawiający jest uprawniony do żądania udokumentowania przez Wykonawcę zdolności technicznej do wykonania zamówienia, jak i odpowiedniego doświadczenia zawodowego osób, które będą pełniły funkcje kierownicze przy realizacji robót objętych zamówieniem, co w niniejszym postępowaniu uczynił.

W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający stosownie do § 1 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.) może żądać m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, 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 i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, jak również wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Dlatego wymagania zgodne z powyższymi przepisami Zamawiający zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 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.), zwanego dalej „rozporządzeniem”, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji

zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności i takiegoż wykazu w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający od Wykonawców zażądał. Ponieważ Wykonawca – konsorcjum, w którym rolę lidera pełni Alpine Bau Deutschland AG nie przedłożył wykazu dotyczącego Artura G. odpowiadającego wymogom stawianym przez Zamawiającego, ten wezwał Wykonawcę do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Wprawdzie Wykonawca – konsorcjum, w którym rolę lidera pełni Alpine Bau Deutschland AG przedłożył taki wykaz, jednakże został on opatrzony datą 9 lutego 2009 r., a zatem potwierdza on dysponowanie przez Wykonawcę odpowiednim personelem nie na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (19 stycznia 2009 r.), a na dzień późniejszy. Tym samym wobec uprzedniego wykorzystania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający miał obowiązek wykluczenia Wykonawcy – konsorcjum, w którym rolę lidera pełni Alpine Bau Deutschland AG z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do Wykonawcy – konsorcjum, w którym jako lider występuje MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A podniesiono, iż wykonawca ten nie złożył oświadczenia odnośnie dysponowania odpowiednim personelem stosownie do treści § 2 ust. 1 pkt 5 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.). Dlatego Zamawiający miał obowiązek wezwania wyżej wskazanego Wykonawcy do uzupełnienia tegoż dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy.

Ponadto Wykonawca – konsorcjum, któremu przewodzi lider MSF – Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros S.A. dokumentując doświadczenie w zakresie wykonanych przez siebie stadionów nie wykazał, aby stadion międzymiejski w Faro/Lule oraz stadion w Bradze miały wymaganą przez Zamawiającego powierzchnię zadaszenia, jak również aby takie zadaszenie było pokryte poliwęglanem. Oprócz tego Wykonawca nie zamieścił informacji o wykonaniu naziemnej konstrukcji żelbetowo-stalowej dla obiektu sportowego. W związku z tym na Zamawiającym ciążył obowiązek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji w powyższym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Z kolei w odniesieniu do Wykonawców – konsorcjum firm. w którym liderem jest Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie oraz konsorcjum, w którym rolę lidera pełni Budimex Dormez S.A. z siedzibą w Warszawie należy podnieść, iż obydwaj wykonawcy złożyli oświadczenia o spełnianiu wymogów stawianych przez Zamawiającego na podstawie § 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 ze zm.), jednakże w odniesieniu do komplementariuszy spółek komandytowych możliwe jest uzyskanie w Republice Federalnej

Niemiec zaświadczeń o niekaralności tychże osób stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Dlatego w ocenie Protestującego obydwaj Wykonawcy złożyli nieprawdziwe oświadczenia i w konsekwencji zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy winni oni zostać przez Zamawiającego wykluczeni z udziału w postępowaniu.

Należy także jednoznacznie stwierdzić, iż załączone do wniosku Wykonawcy – konsorcjum firm Hochtief Polska Sp. z o.o., Hochtief Construction A.G., Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr Sp. z o.o. dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Treść oświadczenia Wykonawcy jakim jest "Wykaz osób które będą wykonywać zamówienie(...)" wprost przeczy oświadczeniu (strona 099 wniosku) złożonemu w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie Wykonawca stwierdza, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zasadność i legalność dalszego udziału Wykonawcy konsorcjum firm Hochtief Polska Sp. z o.o., Hochtief Construction A.G., Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu trzeba poddać pod wątpliwość ze wskazanych poniżej powodów:

- Zamawiający wymagał aby osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych posiadała co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych. Przedstawiona przez Wykonawcę na to stanowisko pani Małgorzata C. wedle załączonego do wniosku (strony 575-579) posiada jedynie w przybliżeniu 48 miesięcy doświadczenia spośród wymaganych przez Zamawiającego 60 miesięcy,
- Zamawiający wymagał także aby osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych. Przedstawiony na to stanowisko pan Mariusz M. wedle załączonego do wniosku (strony 606-608) posiada jedynie w przybliżeniu 48 miesięcy doświadczenia spośród wymaganych przez Zamawiającego 60 miesięcy,
- Zamawiający wymagał także aby osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie instalacji teleinformatycznych posiadała co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót, w tym co najmniej na jednym obiekcie w zakresie instalacji teleinformatycznych, na które składały się instalacje telefoniczne, informatyczne, kontroli dostępu, sygnalizacji włamania i napadu, sygnalizacji alarmów pożarowych oraz telewizji przemysłowej. Przedstawiony na to stanowisko pan Ryszard Ś. wedle załączonego do wniosku (strony 600-603) nie realizował żadnego obiektu, który posiadałby wszystkie wymienione i wymagane przez Zamawiającego instalacje. Ponadto najwyższe wątpliwości wzbudzają także nieprecyzyjnie i nazbyt ogólnie określone daty wykonywania funkcji kierownika robót przy poszczególnych obiektach, wskazanych w wykazie. W szczególności pragniemy zwrócić uwagę na pozycje nr 10 i 12 omawianego wykazu, gdzie podano ten sam

przedział czasu 2001-2005r. dla jedynie dwóch obiektów, co rzekomo ma uwiarygodnić i przekonać Zamawiającego i innych uczestników postępowania, iż przez okres 5 lat wykonywano tam instalacje teleinformatyczne. W naszej ocenie taki zapis, zmuszający do domysłów i interpretacji nie dowodzi potwierdzenia spełniania warunków udziału.

Ze względu na powyższe na Zamawiającym ciążył obowiązek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia przedłożonej przez niego dokumentacji w tymże zakresie zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy.

W dniu 11.03.2009 r. zamawiający rozstrzygnął ww. protest oddalając go w zakresie przytoczanych wyżej zarzutów.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podniósł:

- a) Żądanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy – Konsorcjum Firm reprezentowanego przez Alpine Bau Deutschland AG z siedzibą w Berlinie ze względu na nie wykazanie wymaganego doświadczenia Artura G. przewidzianego do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej (sieci i instalacje sanitarne) na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest niezasadne.

Złożony przez Wykonawcę w dniu 11.02.2009 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.02.2009 r., datowany 09.02.2009 r. "Wykaz osób ..." dotyczący Artura G. potwierdza spełnianie wymogu Zamawiającego 5-letniego doświadczenia przed terminem składania wniosków (19.01.2009 r.). Gdyby "Wykaz osób ..." dotyczący Artura G. datowany był 19.01.2009 r. (tj. złożony z wnioskiem) Zamawiający nie wezwałby Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu.

- b) Żądanie wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Wykonawców – Konsorcja Firm reprezentowane przez Polimex-Mostostal SA z siedzibą w Warszawie oraz przez Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie jest bezpodstawne. Wykonawcy ci nie składali oświadczenia o niemożliwości uzyskania w Republice Federalnej Niemiec zaświadczeń o niekaralności komplementariuszy spółek wchodzących w skład konsorcjów. Przeciwnie, złożyli dokumenty potwierdzające niekaralność: w pierwszym przypadku komplementariusza (Orwin Lempert dla spółki Hans Börner GmbH & Co. KG z siedzibą w Nauheim), w drugim przypadku dla urzędujących członków organu zarządzającego osób prawnych (spółka z o.o. MAX BÖGL Bauunternehmung Verwaltungs, będąca komplementariuszem partnera Konsorcjum Firmy MAX BÖGL Bauunternehmung GrnbH & Co. KG z siedzibą w Sengenthal).



- c) Żądanie wezwania Wykonawcy – Konsorcjum Firm reprezentowanego przez HOCHTIEF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest bezzasadne. Wymienione w proteście osoby: Małgorzata C., Mariusz M. oraz Ryszard Ś. posiadają na podstawie załączonego do wniosku „Wykazu osób ...” wymagane przez Zamawiającego 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika odpowiednich robót.
- d) Żądanie wezwania Wykonawcy – Konsorcjum Firm reprezentowanego przez MSF MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS, S.A. z siedzibą w Lizbonie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest bezzasadne. Zarzut nie złożenia przez tego Wykonawcę oświadczenia odnośnie dysponowania odpowiednim personelem stosownie do treści § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów itd. jest niezrozumiały, gdyż wymienione rozporządzenie nie zawiera punktu 5 w ust. 1 § 2. Wykonawca złożył natomiast oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (str. 8 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Wykonawca udokumentował spełnianie warunku zrealizowania co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo-stalowej dla obiektu sportowego (np. stadion de Dragão w Porto str. 652 i 654 Wniosku, nie będący przedmiotem protestu).

W dniu 20.03.2009 r. Konsorcjum Porr wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia ww. protestu.

W odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, 26 ust. 3 ustawy oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania w szczególności poprzez:

– zaniechanie wykluczenia z postępowania następujących wykonawców:

1. Alpine Bau Deutschland AG z siedzibą w Berlinie (dalej „Konsorcjum Alpine Bau Deutschland”);
2. MSF-Moniz Da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros z siedzibą w Lizbonie (dalej „Konsorcjum MSF”);
3. Konsorcjum Budimex-Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum BudimexDromex”);

4. Konsorcjum Polimex-Mostostal SA z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum PolimexMostostal”)

- oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum MSF oraz Konsorcjum Hochtief Polska sp. z o.o., Hochtief Construction A.G., Mostostal Zabrze Holding S.A., Thermoserr sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Hochtief”).

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) wykluczenia z postępowania następujących wykonawców:
  1. Konsorcjum Alpine Bau Deutschland,
  2. Konsorcjum MSF, ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum MSF, a w razie ich nieuzupełnienia wykluczenia Konsorcjum MSF z postępowania,
  3. Konsorcjum Budimex-Dromex,
  4. Konsorcjum Polimex-Mostostal,
- 2) wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum Hochtief, a w razie ich nieuzupełnienia wykluczenia Konsorcjum Hochtief z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

#### I. Zarzut dotyczący Konsorcjum Alpine Bau Deutschland.

1. Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, aby „osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, posiadała co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych oraz posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.” We wniosku dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Alpine Bau Deutschland na ww. stanowisko wskazało dwie osoby, tj. Pana Wojciecha K., i Pana Arkadiusza K. (str.341-350 wniosku) nie spełniające wymagań Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wykazu Konsorcjum przedstawiło nową osobę, tj. Pana Artura G. a wykaz opatrzony był datą 9 lutego 2009r. Wykaz ten nie spełnia zatem wymogu postawionego przez Zamawiającego, a mianowicie nie jest to wykaz który potwierdza dysponowanie wymaganym personelem na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. na dzień 19 stycznia 2009r.).

2. Odwołujący podnosił w proteście, że Konsorcjum Alpine Bau Deutschland nie załączyło do wniosku wykazu dotyczącego doświadczenia Artura G.. Zamawiający rozstrzygając protest odpowiada na zarzut inny niż ten który został podniesiony w proteście. Zamawiający stwierdza bowiem, iż „żądanie wykluczenia (...) ze względu na nie wykazanie wymaganego doświadczenia Artura G. przewidzianego do pełnienia funkcji kierownika robót (...) na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest niezasadne”. Odwołujący nie kwestionował doświadczenia posiadanego przez Pana Artura G. na dzień składania wniosków, tylko okoliczność, iż Konsorcjum Alpine Bau Deutschland uzupełniając dokumenty nie potwierdziło, iż na dzień składania wniosku dysponowało osobami spełniającymi warunki postawione przez Zamawiającego.
3. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.” Nowelizacja wprowadziła wymóg, aby uzupełniane dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków a nie na dzień wskazany w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Ratio legis wprowadzonej zmiany było takie, aby zachować równe traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu i oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców na ten sam dzień tj. dzień upływu terminu składania wniosków.
4. Z dokumentów złożonych wraz z wnioskiem jak również uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie wynika, iż Konsorcjum Alpine Bau Deutschland dysponowało osobą spełniającą warunki wymagane od kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych na dzień składania wniosków. Powyższe potwierdza samo pismo Konsorcjum Alpine Bau Deutschland z dnia 11 lutego 2009r. w którym Wykonawca ten oświadcza, iż „przedstawia kandydaturę Pana Artura G., który jednoosobowo spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.” Przedstawienie kandydatury Pana Artura G. dopiero w dniu 11 lutego 2009r. oznacza, iż w dniu 19 stycznia 2009r. Konsorcjum Alpine Bau Deutschland nie dysponowało tą osobą. W konsekwencji, wobec uprzedniego wykorzystania procedury przewidzianej w art. 26

ust. 3 Pzp, Zamawiający miał obowiązek wykluczenia Wykonawcy Alpine Bau Deutschland z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

## II. Zarzuty dotyczące Konsorcjum MSF.

1. Odwołujący podtrzymuje natomiast zarzut dotyczący braku oświadczenia dotyczącego dysponowania odpowiednim personelem.
2. Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „Zamawiający wymaga, aby wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo-stalowej dla obiektu sportowego”. Odwołujący podnosił w proteście, iż Konsorcjum MSF nie wykazało, że wykonane przez nie stadiony (w Faro/Lule i w Bradze) mają wymaganą przez Zamawiającego powierzchnię zadania oraz że zadanie to jest pokryte poliwęglanem. Konsorcjum MSF nie wykazało także, iż wykonało naziemną konstrukcję żelbetowo-stalową dla obiektu sportowego. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podnosi, iż w jego ocenie wystarczającym potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu jest stadion w Dragao. Odwołujący pragnie wskazać, iż z dokumentów złożonych we wniosku, nie wynika, aby stadion w Dragao, który zdaniem Zamawiającego spełnia powyższy warunek, posiadał naziemną konstrukcję żelbetowo-stalową. Odwołujący podnosił te okoliczność w proteście z dnia 5 marca 2009r. Zgodnie z poglądami zarówno orzecznictwa jak i doktryny, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że Konsorcjum nie wykazało się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem i powinno zostać wykluczone z postępowania ewentualnie wezwane do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

### III. Zarzut dotyczący Konsorcjum Budimex-Dromex oraz Konsorcjum Polimex-Mostostal.

Odwołujący podtrzymuje zarzut, iż ww. Konsorcja złożyły nieprawdziwe oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji w której w związku z możliwością uzyskania w Republice Federalnej Niemiec zaświadczeń o niekaralności dla komplementariuszy. Tym samym ww. Konsorcja podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

### IV. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Hochtief.

1. Konsorcjum Hochtief nie potwierdziło, iż spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania lub przyszłego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Osoby wskazane przez Konsorcjum Hochtief na stanowiska kierowników robót nie posiadają bowiem wymaganego doświadczenia, tj. nie legitymują się co najmniej 5 letnim (60 miesięcy) doświadczeniem we wskazanym przez Zamawiającego zakresie. Przedmiotowy zarzut dotyczy następujących osób:
  - a) Pani Małgorzaty C., wskazanej przez Konsorcjum na stanowisko kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych,
  - b) Pana Ryszard Ś., wskazanego na stanowisko kierownika robót w zakresie instalacji teleinformatycznych,
  - c) Pana Mariusza M. wskazanego na stanowisko kierownika robót drogowych.
2. Zamawiający w rozstrzygnięciu, nie ustosunkował się do zarzutu stwierdzając lakonicznie, iż wskazane osoby posiadają 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika odpowiednich robót. Odwołujący podtrzymuje zatem i ponawia zarzut postawiony w proteście.

Ad. a)

Kierownik robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych – Pani Małgorzata C.

Zamawiający postawił warunek, żeby „osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, posiadała co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych”. Pani Małgorzata C., wskazana przez Konsorcjum na stanowisko kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych legitymuje się doświadczeniem w okresie 48 miesięcy (6 miesięcy w 2002r., 6 miesięcy w 2004r., 10 miesięcy w 2005r., 12 miesięcy w 2006r., 6 miesięcy w 2007r., 7,5 miesiąca w 2008r. oraz 0,5 miesiąca w 2009r. – tj. do dnia składania wniosków). Ponieważ ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonuje się na dzień składania wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zatem okres wskazany po tym dniu nie może być uznany za potwierdzający spełnianie warunku. Pięcioletnie doświadczenie oznacza doświadczenie wynoszące co najmniej 60 miesięcy. Z dokumentów złożonych wraz z wnioskiem wynika, iż Pani Małgorzata C. nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego. Zgodnie z definicją zawartą w Internetowym Słowniku Języka Polskiego PWN „doświadczenie” oznacza „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć.” Innymi słowy 5 letnie doświadczenie oznacza 5 lat własnych obserwacji i przeżyć. Wymagane przez Zamawiającego doświadczenie miało polegać na „pełnieniu funkcji kierownika robót”. „Pełnienie funkcji” odbywa się w określonym czasie, a doświadczenie nabywa się wyłącznie w okresie w którym funkcja jest pełniona. Aby zatem potwierdzić spełnianie wymaganego warunku należało wykazać, iż doświadczenie, rozumiane jako własne przeżycia polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót, trwało co najmniej 5 lat. Jeżeli zatem wskazane okresy doświadczenia posiadały przerwy to oczywistym jest, iż suma okresów „pełnienia funkcji” musiała wynosić co najmniej 60 miesięcy. Inne rozumienie tego warunku doprowadziłoby do sytuacji w której wystarczającym do potwierdzenia spełniania warunku byłoby wykazanie jednorazowego doświadczenia na początku i na końcu pięcioletniego okresu. Taka interpretacja jest jednak nieuprawniona w świetle jednoznacznie brzmiącego warunku 5 letniego doświadczenia „w pełnieniu funkcji”. W konsekwencji stwierdzić należy, iż Pani Małgorzata C. nie posiada wymaganego doświadczenia.

Ad. b)

Kierownik robót w zakresie instalacji teleinformatycznych – Pan Ryszard Ś.

Zamawiający postawił warunek, aby „osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie instalacji teleinformatycznych, posiadała co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót, w tym co najmniej na jednym obiekcie w zakresie instalacji teleinformatycznych, na które składały się instalacje: telefoniczne, informatyczne, kontroli dostępu, sygnalizacji włamania i napadu, sygnalizacji alarmów pożarowych oraz telewizji przemysłowej”. W wykazie doświadczenia Pana Ryszarda Ś., wskazanego przez Konsorcjum na stanowisko kierownika robót w zakresie instalacji teleinformatycznych, nie znalazł się żaden obiekt spełniający powyższy wymóg, tj. taki na który składały się następujące instalacje:

- telefoniczne,
- informatyczne,
- kontroli dostępu,
- sygnalizacji włamania i napadu,
- sygnalizacji alarmów pożarowych

-telewizji przemysłowej.

W związku z powyższym bez żadnej wątpliwości należy uznać, że Pan Ryszard Ś. nie posiada wymaganego doświadczenia.

Ad. c)

Kierownik robót drogowych – Pan Mariusz M.

Zamawiający postawił warunek, żeby „osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych, posiadała co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych oraz posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń”. Z wykazu załączonego przez Konsorcjum Hochtief wynika, że Pan Mariusz M. nie posiada wymaganego doświadczenia. Jedynie 4 inwestycje znajdujące się w wykazie mogą być brane pod uwagę, bowiem w pozostałych przypadkach Pan M. pełnił funkcję kierownika budowy, a nie, jak tego wymaga Zamawiający – kierownika robót drogowych. Doświadczenie Pana M. przy inwestycjach nr 3,4,6 i 8 wykazu sumują się do 32 miesięcy (poz.3–5 miesięcy, poz.4-15 miesięcy, poz.6-11 miesięcy, poz.8-1 miesiąc). Tak więc osoba wskazana przez Konsorcjum Hochtief nie posiada, wymaganego przez Zamawiającego, doświadczenia (5 lat, tj. 60 miesięcy).

3. Ww. zarzuty potwierdzają, iż Konsorcjum Hochtief nie potwierdziło spełniania warunków i udziału w postępowaniu, a Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Hochtief do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, którymi dysponuje.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wnioski wykonawców złożone w postępowaniu oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący legitymował się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp do składania środków ochrony prawnej.

I. Zarzut dotyczący Konsorcjum Alpine Bau

W odniesieniu do kwestii poprawnego udokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Alpine Bau, jak słusznie zauważył odwołujący, zarzut nie dotyczy faktu czy przewidziany do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci i

instalacji sanitarnych, pan Artur G., legitymuje się odpowiednim doświadczeniem i uprawnieniami, w tym również czy spełniał te warunki w dniu składania wniosków, ale poddaje w wątpliwość wykazanie, iż wykonawca dysponował ww. osobą w dniu składania wniosków. Nie budzi zaś wątpliwości, iż zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ma potwierdzać stan na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W świetle redakcji powołanego przepisu obowiązującej od 24.10.2008 r., tak jak w stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji Pzp z dnia 04.09.2008, możliwe jest uzupełnianie wykazów osób, którymi dysponują wykonawcy poprzez przedkładanie wykazów zawierających osoby inne niż wskazane pierwotnie. Niemniej jednak uzupełnienia tego typu nie mogą budzić wątpliwości, iż również nowowykazanymi osobami wykonawcy dysponowali już w dniu składania ofert czy wniosków. Tymczasem w w przedmiotowej sprawie, z kontekstu całości przedstawionych wraz z uzupełnianym wykazie informacji, w szczególności z treści datowanego na dzień 11.02.2009 r. pisma przewodniego, wynika, iż p. Artur G. jest osobą przy pomocy, której wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Nie wynika natomiast czy dysponował tą osobą w dniu składania wniosków. Kwestia dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy czyli potwierdzania spełniania warunku udziału – pomimo pomieszczenia jej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu z kwestią zobowiązania wykonawcy do wskazanie osób, przy pomocy których będzie wykonywał zamówienie – jest zagadnieniem odrębnym i podlega wyraźnej regulacji, co do daty potwierdzania spełniania tych warunków.

W związku z powyższym zasadne jest nakazanie zamawiającemu, aby w ramach powtórzonej oceny wniosku zwrócił się w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do Konsorcjum Alpinie Bau o złożenie stosownych wyjaśnień w kwestii, czy w dacie składania wniosków dysponował osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, która została wskazana w uzupełnieniu z dnia 11.02.2009 r. W przypadku pozytywnego wyjaśnienia ww. kwestii nie ma przeszkód do uznania, iż ww. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

## II. Zarzuty dotyczące Konsorcjum MSF.

W odniesieniu do zarzutu nie złożenia oświadczenia odnośnie dysponowania odpowiednim personelem stosownie do treści § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów itd., zgodzić się należy ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w trakcie rozprawy, iż jest niezrozumiałą i tym



samym zupełnie chyby. Wyżej wymienione rozporządzenie nie zawiera powołanego punktu 5 w ust. 1 § 2, w związku z czym w systemie prawa brak oświadczeń czy wymagań, co do składania oświadczeń tego typu.

Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp protest powinien wskazywać nie tylko oprotestowaną czynność, ale także określać zakres zarzutów i żądań oraz wskazanie okoliczności, które to żądanie uzasadniają i dotyczą (faktycznych – czyli konkretnych faktów, dokumentów, fragmentów ofert... etc... których zarzuty dotyczą, prawnych – czyli powołania konkretnych przepisów i ew. ich interpretacji, uzasadniających żądania w odniesieniu do wskazanych okoliczności faktycznych). W celu umożliwienia zamawiającemu rzeczowego odniesienia się do protestu, określenia jego zakresu i zasadności konieczne jest zachowanie maksymalnej precyzji jego sformułowań. W przeciwnym wypadku nie jest właściwie możliwe prawidłowe rozpatrzenie protestu, w tym jego uznanie. Zamawiający nie może się w tym względzie domyślać rzeczywistej treści protestu i domniemywać intencji protestującego. Również Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonuje kontroli całego postępowania czy jego bardziej rodzajowo zakreślonych fragmentów lub aspektów, ale odnosi się do konkretnych zarzutów związanych z konkretnie wskazanymi okolicznościami i w odniesieniu do nich określa kognicję swojego orzekania.

W związku z powyższym i wobec lakoniczności stanowiska protestującego w tym zakresie trudno powyższe zarzuty uznać za omyłkę pisarką i podstawić w ich miejsce jakiś inny, wynikający z kontekstu, przepis rozporządzenia.

Na marginesie można wskazać, iż jeśli nawet protestującemu chodziło w rzeczywistości o oświadczenie dotyczące okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1, to Konsorcjum MSF takie oświadczenie złożyło i nie musiało go uzupełniać każdorazowo, gdy uzupełniało dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazał sam odwołujący, dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków – oświadczenie złożone wraz z wnioskiem zachowuje więc swoją pełną aktualność.

W stosunku do zarzutu, iż wykonawca nie potwierdził, że zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo-stalowej dla obiektu sportowego, wskazać należy, że Stadion Smoka (Estadio do Dragao) w Porto, Portugalia, wykazany w wykazie załączonym do wniosku Konsorcjum MSF spełnia ww. wymagania zamawiającego i zostało to wystarczająco wykazane w załączonych do wniosku dokumentach (wykazach i referencjach dotyczących spółki Martifer)

Zaznaczyć również należy, iż z ww. zapisów siwz nie wynika obowiązek wykonania żelbetowo-stalowej naziemnej konstrukcji obiektu, a jedynie pokrycia takiej konstrukcji.

Odwołujący podnosi, iż wykonawca Konsorcjum MSF w rzeczonym wykazie, co prawda wskazał wykonanie pokrycia Stadionu Dragao o odpowiednich parametrach i rodzaju, ale nie podał informacji, iż zostało to dokonane na konstrukcji żelbetowo-stalowej.

W odniesieniu do stanowiska, iż odwołujący wykroczył poza zakres protestu, Izba stwierdza, że sam zarzut dotyczy braku potwierdzenia we wniosku (w załączonym wykazie robót), iż wykonywane pokrycia (zadaszenia) posadowione zostały na konstrukcjach żelbetowo-stalowych, i jako taki został ogólnie podniesiony w proteście odnośnie wszystkich wykazanych we wniosku przez Konsorcjum MSF obiektów sportowych. W ten sposób można go odnieść również do stadionu Dragao.

Niemniej jednak w ocenie Izby, pomimo, iż formalnie poprawny, ww. zarzut nie zasługuje na merytoryczne uwzględnienie.

Jednym z naczelných celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców rzeczywiście spełniających warunki udziału w postępowaniu (element „prawdy materialnej”), którzy ze względu na zasadę ekonomiki czasowej prowadzonego postępowania oraz w celu ograniczenia samowoli zamawiającego, co do stawianých wymagań i sposobu ich oceny, powinni w sposób przewidziany w ustawie spełnianie ww. warunków potwierdzić (element „prawdy formalnej”).

W załączonym do wniosku wykazie wykonawca wskazał robotę wykonaną na stadionie Dragao jak odpowiadającą wszystkim wymaganiom zamawiającego. Potwierdzenie spełniania wszystkich aspektów postawionego warunku za pomocą przedłożonego dokumentu (wykazu) nie musi wynikać z jego treści, ale wynikanie takie może mieć również charakter wnioskowania z faktów, które zostały podane w dokumencie, z uwzględnieniem po stronie przesłanek wiedzy notoryjnie znanej.

Zamawiający nie musiał więc zwracać się do wykonawcy o wyjaśnienie lub uzupełnienie wiedzy, którą w wystarczającym stopniu posiada. Jak wykazał zamawiający na rozprawie, a odwołujący temu nie przeczył, wszystkie stadiony piłkarskie posiadające zadaszenie o takiej powierzchni i ciężarze, mają konstrukcję żelbetowo-stalową. Ponadto rodzaj konstrukcji stadionu Dragao jest powszechnie znany, a informacje na ten temat szeroko dostępne, np. są podawane w zaleceniach UEFA, co do budowy i konstrukcji stadionów piłkarskich, które zamawiający brał pod uwagę wybierając koncepcję przebudowy Stadionu Śląskiego.

Przyjęcie stanowiska odmiennego, polegającego na zmuszaniu zamawiającego do wykonania czynności zbędnych, czyli wyjaśniania i potwierdzania rzeczy oczywistych, prowadziłoby do sprzeczności z zasadą ekonomiki postępowania, a wykluczenie wykonawcy ewidentnie spełniającego warunki udziału w postępowaniu z powodu braku dosłownego powtórzenia wymagań siwz w przedstawionym wykazie robót, stanowiłoby jawną obrazę zasady równowagi pomiędzy „prawdą materialną” i „formalną” w postępowaniu.

### III. Zarzut dotyczący Konsorcjum Budimex-Dromex oraz Konsorcjum Polimex-Mostostal.

Jak wskazano w omówieniu zarzutów przedstawionych powyżej w pkt I., protestujący powinni formułować swoje zarzuty i ich uzasadnienie w sposób precyzyjny i zapewniający adekwatność uzasadnienia faktycznego z powoływanymi przepisami prawa.

Sformułowania i zrzuty protestu w tym zakresie, którymi Izba zgodnie z art. 191 ust. 3 jest związana, dotyczyły naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez złożenie fałszywych oświadczeń w związku z faktem, iż w stosunku do komplementariuszy spółek komandytowych możliwe jest uzyskanie w Republice Federalnej Niemiec zaświadczeń o niekaralności tychże osób stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Powyższych okoliczności odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Nie przedstawił dowodów, iż wykonawcy składali jakiegokolwiek oświadczenie w tym zakresie. Natomiast ewentualny brak złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których zresztą protestujący konkretnie nie wskazał, nie stanowi o tym, iż wykonawca warunków tych w rzeczywistości nie spełnia, albo że złożył fałszywe oświadczenie w tym zakresie. Podstawą wykluczenia w przypadku nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie jest zresztą art. 24 ust. 2 pkt 2 ale art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

### IV. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Hochtief.

W odniesieniu do zarzutów braku wymaganego w siwz pięcioletniego doświadczenia w wykonywaniu opisywanych w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia, funkcji:

a) Pani Małgorzaty C., wskazanej przez Konsorcjum na stanowisko kierownika robót w zakresie sieci i instalacji sanitarnych,

b) Pana Mariusza M. wskazanego na stanowisko kierownika robót drogowych,

Izba stwierdza, iż wymienione w adekwatnych wykazach załączonych do wniosku okresy zatrudnienia nie pozwalają na przyjęcie, iż ww. osoby spełniają wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Jak słusznie podnosi odwołujący, na doświadczeni zawodowe nie składa się całość okresów działalności zawodowej prowadzonej z wykorzystaniem posiadanych uprawnień od jej rozpoczęcia, ale okres rzeczywiście wykonywanych zdań na budowach w ramach wykonywania obowiązków związanych z pełnieniem wskazanych w siwz funkcji.

Izba przychyliła się również do stanowiska odwołującego, iż okres prac czy zajęć odbywanych w tym samym czasie nie podlega sumowaniu do łącznego okresu nabytego doświadczenia liczonego i zestawionego liniowo. Jeżeli zamawiający zamierzał dopuścić kumulowanie

doświadczenia nabytego w różnych miejscach, ale w tym samym czasie, powinien to wyraźnie zaznaczyć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym zasadne jest, zgodnie z żądaniem odwołania, nakazanie zamawiającemu dokonanie w ramach ponownej oceny wniosku Konsorcjum Hochtief stosownych uzupełnień dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Natomiast w odniesieniu do zarzutów dotyczących doświadczenia Pana Ryszard Ś., wskazanego na stanowisko kierownika robót w zakresie instalacji teleinformatycznych, przychylając się do stanowiska odwołującego, stwierdzić należy, iż wymagania siwz w tym zakresie są wyraźne – doświadczenie zdobyte w ramach wykonywania wszystkich sieci (instalacji) wskazanych w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia powinno zostać zdobyte łącznie, przynajmniej na jednym obiekcie, czego Konsorcjum Hochtief składając informację na temat ww. osoby nie wykazało.

W związku z powyższym zasadne jest nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum Hochtief do uzupełnienia wniosku w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp lub wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4, który z wskazanych w załączonym wykazie obiektów pojedynczo spełnia wszystkie wymagania siwz w zakresie sieci teleinformatycznych.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Katowicach**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....