

Sygn. akt KIO/UZP 1088/09

WYROK
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Sztum, ul. Mickiewicza 39, 82-400 Sztum** protestu z dnia 10 lipca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Dekpol Sp. z o. o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,**

- 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 **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa.**

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

Zamawiający Gmina Sztum prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "Przebudowa istniejącego bulwaru nad Jeziorem Sztumskim w Sztumie oraz przebudowa nawierzchni ulic, chodników i infrastruktury technicznej, budowa sieci kanalizacji deszczowej, małej architektury, zagospodarowanie terenów zieleni i budowa parkingów w Centrum miasta Sztum".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 247 - 329161 w dniu 19 grudnia 2008 r.

W dniu 2 lipca 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dekpol Sp. z o. o. z siedzibą w Pinczynie. Wobec tej czynności protest (w dniu 10 lipca 2009r.) a następnie odwołanie (w dniu 27 sierpnia 2009 r. za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego) wniósł Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25, art. 38 ust. 4 i ust. 4b, art. art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających przez: zaniechania wykonania czynności zgodnie z uprzednio dokonany, ostatecznym rozstrzygnięciem protestu oraz wykluczenia z postępowania Dekpol sp. z o.o. z i odrzucenia jego oferty, wykluczenie odwołującego się z postępowania i odrzucenie jego oferty, doprecyzowanie, a tym samym zmianę jednego z określonych w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia (dalej: siwz) warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert. Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego się z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania Dekpol Sp. z o. o i odrzucenie jego oferty zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że zamawiający nie dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 28 maja 2009 r. wskutek czego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 czerwca 2009 r. jest sprzeczna z prawem. Odwołujący się wywiódł, że w przywołanym rozstrzygnięciu zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące innych uchybień formalnych, zatem zarzuty podniesione przez odwołującego się dotyczące posiadania przez Dekpol Sp. z o. o. wymaganego doświadczenia. Odwołujący się ocenił, że rozstrzygnięcie protestu nie dawało mu podstaw do wnoszenia odwołania. Podniósł również, że wobec wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu wyłącznie do robót wykonanych na rzecz FVS Polska Holding Sp. z o. o. i VELFAC uznać należy, że zamawiający ocenił pozostałe dwie roboty ujęte w wykazie przez Dekpol Sp. z o. o. jako nieodpowiadające jego oczekiwaniom. Odwołujący się zarzucił, że obie roboty zostały zakończone po wszczęciu postępowania, a ponadto prace wykonane na rzecz Gospodarstwa Rolnego Tadeusz Włodarczyk nie zostały zakończone w ogóle, a nie są to świadczenia okresowe, ani ciągłe.

Odwołujący się wywiódł, że mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Dekpol Sp. z o. o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu 1 roboty o wartości 9. 000 000,00 zł uwzględniającej wybudowanie co najmniej 3000 mb sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej, wybudowanie co najmniej 10.000 m² nawierzchni z kostki brukowej na podbudowie i wykonanie robót budowlanych polegających na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego. Podniósł również, że dokumenty załączone do przystąpienia do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu nie mogą być uwzględnione, jako złożone poza procedurą wskazaną w art. 26 ust. 3 Pzp, która nie może być ponawiana.

Odwołujący się zakwestionował również wykluczenie go z postępowania podnosząc, że złożył wymagany przez zamawiającego wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie w tym obowiązkowo na stanowiskach kierowniczych. Żądając złożenia wykazu wszystkich osób przewidzianych do realizacji zamówienia zamawiający dokonał konkretyzacji warunku udziału w postępowaniu na etapie oceny ofert, co jest niedopuszczalne. Za naruszającą prawo uznał odwołujący się również decyzję o wykluczeniu go z postępowania z powodu braku załączenia protokołów odbiorów końcowych, prac wskazanych w poz. 10 i 15 wykazu wykonanych robót budowlanych. Wskazał, że wymaganie załączenia protokołów jest sprzeczne z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane, a także, że pozostałe wskazane w wykazie prace spełniają wymagania zamawiającego.

Zamawiający oddalił protest 17 lipca 2009 r. pismem z tej samej daty. W uzasadnieniu wskazał, że ponawiając czynność badania i oceny ofert dokonał jej w granicach uwzględnionych zarzutów protestu. Powołując się na udzielone wyjaśnienia treści siwz oraz dokumenty złożone w postępowaniu wywiódł, że Dekpol Sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podtrzymał również dotychczasowe stanowisko, co do prawidłowości wykluczenia odwołującego się, podnosząc w szczególności, że w odniesieniu do wykazu wszystkich osób, które będą wykonywać zamówienie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokonywał dwukrotnie, a wymaganego wykazu odwołujący się nie złożył.

Dekpol Sp. z o. o. przystąpił do postępowania odwoławczego uczestnicząc uprzednio w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wskazując na swój interes prawny wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz po rozważeniu stanowisk pełnomocników wyrażonych na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu a wszystkie podniesione w nim zarzuty podlegają rozpoznaniu.

Pismem z dnia 12 maja 2009 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Bożena Dzikowska prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska z siedzibą w Pruszczu Gdańskim oraz Bilfinger Berger S.A. z siedzibą w Warszawie.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu odwołującego się z dnia 21 maja 2009 r., w którym zakwestionował on, między innymi, wszystkie roboty wskazane na potwierdzenie wymaganego doświadczenia przez Dekpol Sp. z o. o. - wykonawcę poprzedzającego odwołującego się w rankingu ofert.: wykonane na rzecz:

poz. 1 - FVS (Dovista) Polska Holding Sp. z o. o.;

poz. 2 - EURONIT Sp. z o. o.;

poz.3 - Tadeusza Włodarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne Tadeusz Włodarczyk.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2009 r. protest uwzględnił w zakresie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Informując ponownie o wynikach postępowania pismem z dnia 2 lipca 2009 r zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Dekpol Sp. z o. o. oraz o nowej czynności w postępowaniu – wykluczeniu odwołującego się, zatem wobec podniesienia zarzutów wobec nowej czynności w postępowaniu odwołanie zostało skierowane na rozprawę. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania.

Kwestią odrębną jest natomiast zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Zgodnie z ugruntowaną praktyką orzecniczą Izby, zarzuty podniesione z uchybieniem terminu na kwestionowanie leżących u nich podstaw czynności lub zaniechań zamawiającego (z uwagi na zawity charakter terminów na kwestionowanie działań zamawiającego) lub zarzuty, które zostały już ostatecznie rozstrzygnięte (*res iudicata*) pozostawia się bez rozpoznania.

Kwestię do rozstrzygnięcia stanowi zatem, czy dopuszczalne jest ponowne kwestionowanie doświadczenia wykazanego przez Dekpol Sp. z o.o.

Wskazać należy, że zamawiający pismem z dnia 28 maja 2009 r. protest uwzględnił częściowo nie odnosząc się szczegółowo do podnoszonych zarzutów. Wskazał wprawdzie, że oddał protest w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez Dekpol Sp. z o. o., jednak oświadczył jednocześnie, że uczynił to z powodu, iż czynności tych może dokonać po powtórzeniu czynności badania ofert oraz, że uwzględni zarzuty dotyczące uchybień formalnych wskazanych w protestach.

Odwołujący się nie miał zatem podstaw do wniesienia odwołania od przywołanego rozstrzygnięcia protestu, gdyż z jego literalnego brzmienia wynika, że wszystkie zarzuty podnoszone w proteście zostały uwzględnione. Rozstrzygnięcie protestu nie powodowało uszczerbku w interesie prawnym odwołującego się w uzyskaniu zamówienia, nie zachodziła potrzeba kwestionowania stanowiska zamawiającego.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu z 28 maja 2009 r. zamawiający nie odniósł się do zarzutów dotyczących poz. 2 i 3 wykazu. O fakcie, że nie zostały one uznane (wbrew sformułowaniu użytemu w rozstrzygnięciu z dnia 28 maja 2009 r.) odwołujący się powziął wiedzę dopiero z rozstrzygnięcia protestu z dnia 17 lipca 2009r. O możliwości uznania zarzutów za rozstrzygnięte przez zamawiającego, decyduje (za wyjątkiem sytuacji określonej w art. 183 ust. 3 Pzp) treść rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający przez ogólne odniesienie się do zarzutów protestu w ten sposób, że należy sądzić, że zostały one uznane, w sytuacji, gdy zamawiający w istocie wszystkich zarzutów nie podziela (i nie informuje o swoim stanowisku), nie może pozbawiać wykonawców możliwości kwestionowania czynności w postępowaniu przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Izba uznała, że odwołujący się podnosi zarzuty przeciwko wykonaniu przez zamawiającego czynności wynikających z

rozstrzygnięcia protestu oraz ich konsekwencjom – w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W wyniku ponownej oceny ofert oferta odwołującego się została oceniona jako druga w kolejności, po wybranej ofercie Dekpol Sp. z o. o. i potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo że potwierdziły się zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Dekpol Sp. z o.o. posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego.

W rozdziale V pkt 2.1 siwz zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonał roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie dróg, sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, elektroenergetycznych i prac związanych z zagospodarowaniem terenu o łącznej wartości nie mniejszej niż 30.000.000 zł brutto, w tym 1 zamówienie, o wartości nie mniejszej niż 9.000.000 zł brutto i zakresie porównywalnym z przedmiotem zamówienia, w tym,

a) wybudował, co najmniej 3.000 mb sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej;
b) wybudował, co najmniej 10.000 m² nawierzchni z kostki brukowej na podbudowie;
c) wykonywał roboty budowlane polegające na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego.

Przywołane postanowienie siwz budzi wątpliwości interpretacyjne. W sposób jednoznaczny wynika z niego jedynie, że jedna robota o wartości 9.000.000 mln zł brutto, winna zawierać się w wymaganym łącznym wolumenie robót o wartości 30.000.000 mln zł. Nie jest natomiast przesądzone, do której z kwot warunku odnoszą się wskazane w lit a) – c) poszczególne rodzaje i wartości prac, a tym samym, czy prace te winny być wykazywane łącznie, w ramach jednej roboty o wartości nie mniejszej niż 9.000.000 zł brutto, czy też dopuszczalne jest wykazanie tych prac w ramach wykonania różnych robót budowlanych w okresie 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania.

W wyjaśnieniach treści siwz udzielonych w dniu 31 grudnia 2008 r. zamawiający dopuścił wykazywanie wymaganych w rozdziale V pkt 2.1 lit a) i b) prac w ramach łącznego wymaganego doświadczenia w okresie 5 letnim.

Natomiast w odpowiedzi nr 3 z dnia 10 marca 2009 r. zamawiający uznał, że wykonawca, który wymagane rodzaje prac oraz ich wielkości wykaże w ramach jednej roboty o wartości 9.000.000 mln zł brutto, posiada wymagane doświadczenie.

Podnieść należy, że udzielając wyjaśnień treści siwz z dnia 10 marca 2009 r. zamawiający jedynie dopuścił możliwość wykazania wszystkich wymienionych rodzajów prac w ramach jednej roboty budowlanej o wartości 9.000.000 zł brutto. Odpowiedzi tej nie nadał waloru jedynej dopuszczalnej interpretacji pkt 2.1. rozdziału V siwz, w szczególności nie uchylił odpowiedzi udzielonej wcześniej, w dniu 31 grudnia 2009r.

Odpowiedzi udzielone przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp wiążą strony postępowania na równi z treścią siwz, stanowią wykładnię autentyczną postanowień siwz, którą Zamawiający obowiązany jest uwzględniać w toku dalszych czynności w postępowaniu.

Wyjaśnienia z dnia 31 grudnia 2008 r. rozwiewają wątpliwości interpretacyjne dotyczące postanowienia rozdziału V pkt 2.1 siwz. Zamawiający dopuścił wykazywanie wymaganych szczegółowo robót budowlanych. Siwz nie daje podstaw do domagania się, aby odwrotnie niż prace wskazane w pkt. 2.1 lit. a) i b), prace polegające na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego były wykonywane w ramach jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 9.000.000 zł brutto, zwłaszcza nie nie podał wymaganej ilości wykonanej nawierzchni.

Zamawiający wymagał zatem, aby wykonawcy ubiegający się o udzieleniu zamówienia publicznego wykazali się wykonaniem w ciągu 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania robót budowlanych o wartości co najmniej 30.000.000 zł które łącznie zawierać będą, co najmniej 3.000 mb sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej, budowę, co najmniej 10.000 m² nawierzchni z kostki brukowej na podbudowie, polegających na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego a jedna spośród wykazanych robót będzie mieć wartość, co najmniej 9.000.000 zł brutto.

Termin na kwestionowanie udzielonych w dniu 31 grudnia 2008 r. wyjaśnień upłynął.

Dekpol Sp. z o. o. spełnia warunek udziału w postępowaniu ustalony w rozdziale V pkt 2.1. siwz. Izba nie podziela dokonanej przez odwołującego się interpretacji warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt 2.1. siwz.

Zamawiający wezwał pismem z dnia 5 czerwca 2009 r. Dekpol Sp. z o. o. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów dotyczących robót zrealizowanych na rzecz FVS (Dovista) Polska Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Swarzędzie – poz. 1 wykazu złożonego wraz z ofertą. Wykonawca przy piśmie z dnia 17 czerwca 2009 r. złożył nowy wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podając wartość prac wykazanych w

poz. 1 w zwiększonej (w stosunku do ujętej w wykazie złożonym wraz z ofertą) wysokości 34.181.489,08 zł brutto. Dekpol Sp. z o. o. oświadczył, iż wykazał wartość wynikającą z aneksowania pierwotnie zawartej umowy, której odwołujący się nie kwestionował.

Nietrafnie zarzuca odwołujący się, iż roboty te nie zostały wykonane w całości. Izba podziela stanowisko Dekpol Sp. z o. o., że uprawnieniem inwestora jest odstąpienie od części prac w czasie realizacji projektu. FVS (Dovista) Polska Holding Sp. z o. o. to podmiot prywatny a odstąpienie od żądania wykonania części prac mieści się w zasadzie swobody umów. Niepodważone pozostało twierdzenie, że wartość spornych pozycji 3.4, 3.5 i 17 zestawienia wykonanych robót (załącznik nr 2 do pisma z dnia 17 czerwca 2009 r.) znajduje odzwierciedlenie w pozycji „kwota pozostawiona” w protokole końcowym z dnia 31 lipca 2008 r.. Wartość całego kontraktu wynikająca z uzupełnionego wykazu potwierdzona jest referencją.

Kwestionując robotę budowlaną wykonaną na rzecz EURONIT Sp. z o. o. Odwołujący się oparł się wyłącznie na treści referencji pomijając fakt, że ze złożonego protokołu odbioru technicznego wynika, iż odbiór prac nastąpił przed dniem wszczęcia postępowania. Podnieść należy, że z uwagi na wartość prac wykonanych na rzecz FVS (Dovista) Holding Sp. z o. o., prace wykonane na rzecz EURONIT Sp. z o. o. są nierелеwantne dla oceny posiadania wymaganego w siwz doświadczenia.

Zasadne jest przyjęcie, że prace wykonane na rzecz FVS (Dovista) Holding Sp. z o. o., spełniają wymaganie wykonania w ciągu 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania robót budowlanych o wartości co najmniej 30.000.000 zł, które łącznie zawierają, co najmniej 3.000 mb sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej, budowę, co najmniej 10.000 m² nawierzchni z kostki brukowej na podbudowie, a jedna z tych robót miała wartość 9.000.000 zł brutto.

Wskazane w rozdziale V pkt 2.1 lit. c wymaganie wykazania robót budowlanych polegających na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego Izba uznaje za spełnione na podstawie umowy zawartej z Tadeuszem Włodarczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne Tadeusz Włodarczyk.

Ze złożonych wraz z ofertą dokumentów wystawionych przez Tadeusza Włodarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne Tadeusz Włodarczyk dotyczących poz. 3 wykazu, złożonymi wraz z ofertą przez Dekpol Sp. z o. o. nie wynikało wykonanie prac polegających na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego przed dniem wszczęcia postępowania, okoliczność ta winna stać się przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dokumenty złożone przez Dekpol Sp. z o. o. na rozprawie : kopie umowy, protokołu odbioru robót oraz referencje potwierdzają, że prace polegające na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego (ułożenie nawierzchni na placach i drogach) na rzecz Tadeusza Włodarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne Tadeusz Włodarczyk zostały wykonane w terminie od września do listopada 2008 r. - przed wszczęciem niniejszego postępowania oraz protokół odbioru końcowego prac wykonanych na rzecz pana Romana Chajewskiego wraz referencjami.

Fakt, że wymienione dokumenty nie zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma znaczenia dla wyniku postępowania odwoławczego.

Po pierwsze: w okolicznościach sprawy dopuszczalne jest zastosowanie przez zamawiającego trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do prac polegających na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego. Zamawiający czynności wezwania dokonał wyłącznie w odniesieniu do poz. 1 wykazu - dopuszczalne jest zatem dokonanie wezwania w odniesieniu do pozostałych dwóch pozycji wykazu, robót budowlanych nie objętych wcześniej wezwaniem. Potwierdza to również orzecznictwo Izby, w tym cytowane przez odwołującego się. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do poniesienia przez wykonawców, którzy działając w dobrej wierze zastosowali się do wymagania zamawiającego zawartego w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp negatywnych konsekwencji faktu, iż czynności wezwania zamawiający dokonał w sposób ułomny;

Po drugie: brak jest podstaw prawnych do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp, w celu uzyskania dokumentów, które zostały złożone przy przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz na rozprawie. Dokumentów tych odwołujący się nie kwestionował.

Art. 191 ust. 1 a Pzp umożliwia Izbie uwzględnienie odwołania wyłącznie w sytuacji, gdy Izba stwierdzi, iż nastąpiło naruszenie przepisów ustawy, które ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia poz. 3 wykazu, którego dopuścił się zamawiający, nie ma wpływu na wynik postępowania. Zamawiający otrzymałby dokumenty potwierdzające w sposób nie budzący wątpliwości wykonanie prac polegających na ułożeniu nawierzchni z kamienia naturalnego przed dniem wszczęcia postępowania, gdyby czynności wezwania dokonał w sposób prawidłowy.

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Dekpol Sp. z o.o. nie znalazły potwierdzenia. Przez wybór oferty złożonej przez tego wykonawcę zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu lub z niego wynikających przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Potwierdziły się natomiast zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego się z postępowania, W rozdziale V pkt 2.3 siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił w ofercie wykaz osób i podmiotów, 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 nich czynności lub przedstawił pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia takich osób, w tym obowiązkowo kandydatów na każde wymienione stanowisko (kadra kierownicza).

Literalna wykładnia przywołanego warunku nie pozostawia miejsca na dowolność interpretacyjną. Zamawiający ustalił obowiązek podania wyłącznie kadry kierowniczej, pozostawiając wykonawcom dowolność, co do wskazania pozostałych osób przewidzianych do realizacji zamówienia. W myśl przywołanego postanowienia siwz, brak jest podstaw do wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, którzy nie podali pozostałego przewidzianego personelu.

Nietrafnie powołuje się zamawiający na postanowienie rozdziału VI lit C pkt 4. siwz.

Przywołane postanowienie siwz powiela § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W rozdziałach V i VI siwz zamawiający wyraźnie rozdzielił ustalenie warunków udziału w postępowaniu od wskazania dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków. Brak jest podstaw do uznania, że dopiero przez sformułowanie zawarte w w rozdziale VI lit C pkt 4. siwz zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący się przedstawił wymaganą kadrę kierowniczą, spełnił więc wymaganie wskazane w rozdziale V pkt 2.3 siwz.

Skoro odwołujący się wykazał wymaganą kadrę kierowniczą, to okoliczność dwukrotnego wezwania do uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. (pisma z dnia 29 kwietnia 2009 r. oraz z dnia 15 czerwca 2009 r.) pozbawiona jest doniosłości prawnej. Podnieść też należy, że skoro zamawiający nie uznał za wystarczającego wykazu złożonego w wyniku pierwszego wezwania, to już na tej podstawie winien dokonać czynności wykluczenia. Ponowienie czynności wezwania w odniesieniu do tego samego dokumentu stanowi błąd zamawiającego.

Zamawiający domagając się złożenia wykazu osób innych, niż kadra kierownicza dopuścił się zmiany warunku udziału w postępowaniu. O wymaganiu zamawiającego decyduje treść siwz. Nie ma znaczenia fakt, że inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli wykaz zgodnie z intencją zamawiającego, jeśli zamawiający zaniechał wyartykułowania swoich wymagań w siwz w sposób odpowiadający jego intencjom.

Na rozprawie zamawiający przyznał, że nawet przy pominięciu pozycji 10 i 15 wykazu wykonanych przez odwołującego się robót budowlanych, odwołujący się spełniałby warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V pkt 2.1 siwz. Przyznanie to nie budzi wątpliwości Izby, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 188 ust. 5 *in fine* Pzp). Zatem zarówno czynność wezwania do uzupełnienia protokołów odbiorów końcowych prac wskazanych w przywołanych pozycjach, należy ocenić jako wadliwą, naruszającą przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogącą przynieść skutku w postaci wykluczenia odwołującego się.

Art. 26 ust.3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp mówią o dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonuje czynności wezwania wyłącznie w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów niezbędnych mu do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tzn. takich których pominięcie przynosi skutek w postaci braku uznania spełniania warunków. Analogicznie zamawiający dokonuje czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wyłącznie w razie stwierdzenia, że mimo uprzedniego wezwania wymagane oświadczenia i dokumenty nie zostały złożone lub nie wynika z nich spełnianie wymagań zamawiającego.

Odwołujący się spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia, nie zachodziła konieczność wzywania go do uzupełnienia dokumentów, ani tym bardziej wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Reasumując Izba uznała, że przez czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu lub z niego wynikających przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

Stwierdzone naruszenia nie mają jednak wpływu na wynik postępowania – wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dekpol Sp. z o. o., gdyż zarzuty podnoszone w stosunku do tego wykonawcy nie znalazły potwierdzenia - nie występuje zatem podstawa do uwzględnienia odwołania wskazana w art. 191 ust. 1 a Pzp.

Mając na względzie powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp t.j stosownie do wyniku postępowania.

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 ze 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:

.....

.....