

Sygn. akt KIO/UZP 427/11

WYROK
z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Liskiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Skanska S. A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: Ruda Mała 47, 36-060 Głogów Młp.** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego: **Port Lotniczy Lublin S. A., ul. Hempla 6, 20-008 Lublin** protestu z dnia 10 lutego 2011 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w części I zamówienia unieważnienie czynności zaproszenia do negocjacji, oceny wniosków oraz wykluczenia Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny wniosków w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego wyroku

2. kosztami postępowania obciąża Port Lotniczy Lublin S. A., ul. Hempla 6, 20-008 Lublin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Skanska S. A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: Ruda Mała 47, 36-060 Głogów Młp** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 20.000,00 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Port Lotniczy Lublin S. A., ul. Hempla 6, 20-008 Lublin** na rzecz **Skanska S. A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: Ruda Mała 47, 36-060 Głogów Młp.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

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

Zamawiający - Port Lotniczy Lublin S. A., ul. Hempla 6, 20-008 Lublin - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa drogi startowej, drogi kołowania, oświetlenia nawigacyjnego, kanalizacji kablowej i fundamentów, sieci teletechnicznych wraz z odwodnieniem nawierzchni” część I – Budowa drogi startowej wraz ze stanowiskiem dla samolotu zagrożonego oraz drogi kołowania.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 grudnia 2009 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 251-361977.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

3 lutego 2011 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu wykonawcy - Skanska S. A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: Ruda Mała 47, 36-060 Głogów Młp. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu.

Czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Skanska S. A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: Ruda Mała 47, 36-060 Głogów Młp.

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie m. in. art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, powtórzenie badania i oceny wniosków. Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący się wywiódł, że obowiązkiem Zamawiającego, przed uprzednim wykluczeniem z postępowania powinno nastąpić wezwanie o uzupełnienie czego Zamawiający nie uczynił. Podniósł, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, t.j.: Mota Engil Central Europe S. A., Strabag S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i

Mostów Sp. z o.o. Mińsk Mazowiecki, Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., Henpol Sp. z o.o., Partnerzy - Sp.Roadbridge Ltd; John Sisk & Son Ltd; CRB Covil Engineering Ltd.; Bilfinger Berger Budownictwo S.A, Bilfinger Berger Budownictwo S.A.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 10 lutego 2011 r., odwołanie 28 lutego 2011 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy.

Zamawiający oddalił protest 18 lutego 2011 r. W uzasadnieniu nie zgodził się z postawionymi zarzutami. Wskazał, iż Protestujący podniósł okoliczność niespełnienia warunków określonych przez Zamawiającego w odniesieniu do wykonawców, którzy mają być zaproszeni do składania ofert wstępnych. Nie kwestionował w jego ocenie natomiast faktu, iż sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co dodatkowo wynika z faktu uprzedniego postępowania protestacyjnego odnoszącego się do zapisów ogłoszenia i rozstrzygnięcia tego protestu. Przedmiotem uprzedniego postępowania protestacyjnego była kwestia warunków udziału w postępowaniu, podnoszona i w obecnym proteście. Powyższe warunki zostały spełnione przez wykonawców zakwalifikowanych przez Zamawiającego tj. Bilfinger Berger Budownictwo S.A. wykazała dwa zadania polegające na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z betonów asfaltowych BA WMS warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA. Są to pozycje wskazane w załączniku uzupełniającym nr 3 i 9. W związku z powyższym w/w wykonawca spełnił wymogi Zamawiającego określone w pkt 1. W tym samym załączniku wskazano jako kierownika budowy Pana mgr inż. Roberta J, którego doświadczenie obejmuje kierowanie robotami nawierzchniowymi bitumicznymi (beton asfaltowy BA WMS oraz warstwy wiążącej BA WMS) tym samym warunek Zamawiającego określony punktem 2 jest również spełniony.

W odniesieniu do wykonawcy, którego liderem jest Mota Engil Central Europe S.A., zarzut Protestującego dotyczył niewykonania jednego zadania określonego w pkt 1. Z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę wynika, że wykonawca wykazał 2 budowy polegające na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA, są to pozycje w wykazie robót Nr 1 pkt 1.2.3. Zarzut dotyczący przekazania przez wykonawcę, którego liderem jest Henpol Sp. z o.o. dokumentów w języku obcym, jest bezzasadny bowiem załączony dokument nie był wymagany przez Zamawiającego. Pozostałe zarzuty dotyczące wykonawcy Henpol Sp. z o.o. mają charakter spekulacji a nie konkretnego zarzutu.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) z uwzględnieniem zmian wynikających z ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), z wyłączeniem jednak przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zatem środkami ochrony prawnej przysługującymi w niniejszym postępowaniu jest protest, odwołanie oraz skarga do sądu okręgowego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne z uwagi na wskazaną przez Odwołującego argumentację przedstawioną w odwołaniu oraz na rozprawie uznając, iż w konsekwencji odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania:

Przechodząc do szczegółowego omówienia powyższego zarzutu Izba ustaliła, że istota sporu sprowadza się do oceny czy Zamawiający w części I zamówienia w sposób prawidłowy zastosował procedury przewidziane ustawą Pzp i czy w konsekwencji uprawniony był wykluczyć Odwołującego z postępowania i w konsekwencji zaniechać zaproszenia Odwołującego do składania ofert wstępnych.

Izba ustaliła, że w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się, że w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonaniem przynajmniej (dla części I) – dwóch zleceń polegających na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS,

warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5, każde o powierzchni minimum 100.000 m².

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca miał również wykazać się, iż dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, t.j. dla części I – dysponuje co najmniej jedną osobą z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/robót oraz pełniła tę funkcję przy realizacji minimum jednego zlecenia polegającego na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5.

Ponadto ogłoszenie o zamówieniu w pkt VI.3) „Informacje dodatkowe” zawierało następujące zapisy: Zamawiający zaprosi 10 wykonawców spełniających wymagane warunki do złożenia ofert wstępnych dotyczących m. in. części I. W przypadku, gdy warunki udziału w postępowaniu będą spełniać wykonawcy w liczbie większej niż Zamawiający dokona dodatkowej kwalifikacji – w ramach części I – za każde kolejne zrealizowane zlecenie określone w pkt III.2.3.1 lub większe Zamawiający przyzna 1 pkt. Do składania ofert Zamawiający zaprosi 10 wykonawców, którzy otrzymają największą ilość punktów.

Izba ustaliła również, że Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2011 r. poinformował Odwołującego, iż nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie spełnił warunku wykazania się, w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonania przynajmniej dla części I – dwóch zleceń polegających na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5, każde o powierzchni minimum 100.000 m².

Z druku ZP 16 wynika, że Odwołujący również nie spełnił warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, t.j. dla części I – dysponowania co najmniej jedną osobą z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/robót oraz pełniła tę funkcję przy realizacji minimum jednego zlecenia polegającego na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5. Powyższa informacja nie została zawarta w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r.

Izba ustaliła również, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, uznała iż brak jest podstaw prawnych uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r. Izba stwierdziła, iż Zamawiający niestosując przepisu art. 26 ust. 3 ustawy doprowadził do niezgodnego z ustawą Pzp wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Przypomnienia wymaga, że w trybie negocjacji z ogłoszeniem ustawa Pzp przewiduje procedurę spełniania warunków udziału w oparciu o listę rankingową. Zamawiający po dokonaniu weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonuje ich oceny. Niezwłocznie po dokonaniu oceny ma obowiązek poinformować wykonawców, czy spełnili warunki udziału w postępowaniu. Dokonując oceny w zakresie stopnia spełniania warunków podmiotowych tworzy na tej podstawie listę rankingową wykonawców, informując wykonawców o wynikach uzyskanych przez wykonawców. Lista rankingowa uruchamiana jest po weryfikacji spełnienia warunków udziału, w sytuacji gdy liczba wykonawców spełniających warunki jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Niezależnie jednak od trybu w jakim prowadzone jest postępowanie wskazać należy, iż przepisy nie wyłączają obowiązku stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy również przypomnieć, że czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Izba podkreśla, że niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane ogłoszeniem dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z wnioskiem dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z wnioskiem dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskazać również należy, że ustawa Pzp nie daje Zamawiającemu żadnych podstaw prawnych do wnioskowania, że wykonawca wnoszący protest na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie będzie w stanie wykazać się spełnieniem postawionego warunku w toku postępowania. Izba zauważa, że wnoszenie środków ochrony prawnej należy do uprawnień wykonawcy, a Zamawiający z samego faktu, jego złożenia nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponadto przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie uzależnia obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów, od szans wykonawcy w postępowaniu oraz prawdopodobieństwa uzyskania przez niego zamówienia. Kwalifikacja wykonawców powinna być dokonana wyłącznie w oparciu o postawione w ogłoszeniu wymagania z zachowaniem zasady równości i uczciwej konkurencji.

Podkreślić przy tym należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że obowiązek określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega modyfikacji w zaistniałym stanie faktycznym. Powyższy przepis ma charakter ogólny oraz dotyczy wszystkich zaistniałych sytuacji, także takich które wskazywać mogą, na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku. Niezastosowanie przez Zamawiającego w niektórych wybranych przez siebie sytuacjach procedury przewidzianej dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może do dowolności w ocenie czy wykonawca de facto jest w stanie wykazać się spełnieniem warunków udziału i uzależnianie od tego możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do nieprecyzyjnego uzasadnienia zawartego w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r., dotyczącego czynności wykluczenia Odwołującego oraz zaniechania przez Zamawiającego uzewnętrznienia woli wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba zauważa, że Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady jawności i przejrzystości postępowania, co oznacza że zobowiązany jest do

przesłania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia zawierającego podstawę prawną i faktyczną wykluczenia.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że w konsekwencji niezastosowania przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art.26 ust. 3 ustawy Pzp i niewezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów czynność wykluczenia z postępowania została dokonana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Ponadto, co do argumentu Zamawiającego, iż w proteście Odwołujący nie powołał się na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy było konsekwencją bezpodstawnego wykluczenia zatem należy stwierdzić, że powyższe naruszenie powinno zostać rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym także bierność Zamawiającego co do argumentacji przedstawianej przez Odwołującego w odwołaniu jak i na rozprawie, jak również niewskazanie uzasadnienia faktycznego podejmowanych decyzji, Izba uznała iż należy nakazać Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku Odwołującego, a dopiero w przypadku uznania, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Izba zobowiązuje Zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 bądź ust. 4 ustawy Pzp.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mota Engil Central Europe S. A., Strabag S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. Mińsk Mazowiecki, Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z postępowania:

Odnosząc się do zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lider - Mota Engil Central Europe S.A.; Partnerzy - Strabag Sp. z o.o., PRDL S.A. Lubartów, PBDiM Sp. z o.o., Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, Izba uznała że powyższy zarzut nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu postawił wymagania wykazania się w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonaniem przynajmniej dla części I – dwóch zleceń polegające na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5, każde o powierzchni minimum 100.000 m².

Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku wykonania dwóch zleceń w wykazie robót, wskazał następujące zamówienia:

- 1) Przebudowa autostrady A-4 na odc. Balice-Opatkowice,
- 2) Budowa Autostrady A-2 odcinek Konin-Dąbie, Sekcja Konin-Koło
- 3) Budowa Autostrady A-2, odcinek Konin Stryków (Łódź) – Wiskitki Koło Warszawy, pododcinek: Konin (Modła)-Koło-Dąbie, Sekcja Koło-Dąbie od km 285+000 do km 303+145,32,
- 4) Przebudowa drogi krajowej nr 8, Białystok-Katryna-Przewalanka, odcinek Białystok-Katryna od km 648+117,00 do km 654,00 + 548,00 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej
- 5) Przebudowa drogi krajowej nr 4 na odcinku Machowa – Łańcut km 527+456,00 – 613+767,30, część IV. Rzeszów-Łańcut km 602+347 0 długości 11.420,3 m. Odcinek 6. Rzeszów-Łańcut km 602+347-613+767,30 o długości 11.420,3 m.
- 6) Wzmocnienie nawierzchni DK nr 2 na odcinku od km 420+332 z przebudową małych obiektów inżynierskich i budowa chodników.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy o wyjaśnienia i uzupełnienie brakujących dokumentów.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu następujące zamówienia:

- 1) Przebudowa autostrady A-4 na odc. Balice-Opatkowice,
- 2) Budowa Autostrady A-2, odcinek Konin Stryków (Łódź) – Wiskitki Koło Warszawy, pododcinek: Konin (Modła)-Koło-Dąbie, Sekcja Koło-Dąbie od km 285+000 do km 303+145,32.

Z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący kwestionował realizację innych zamówień, którymi wykazał się wykonawca. Przypomnienia wymaga, iż warunek należy oceniać w stosunku do całego konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), nie zaś wyłącznie do poszczególnych wykonawców wchodzących w jego skład. Zatem zdaniem Izby skoro Odwołujący nie zakwestionował np. realizacji zamówień pn: Przebudowa drogi krajowej nr 4 na odcinku Machowa – Łańcut km 527+456,00 – 613+767,30, część IV. Rzeszów-Łańcut km 602+347 0 długości 11.420,3 m. Odcinek 6. Rzeszów-Łańcut km 602+347-613+767,30 o długości 11.420,3 m. trudno zdaniem Izby stwierdzić, czy Zamawiający w sposób właściwy dokonał oceny i czy w konsekwencji naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba przypomina również, iż w świetle przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie zostały zawarte w proteście.

III. Zarzuty dotyczące wniosku wykonawcy Lider - Henpol Sp. z o.o., Partnerzy - Sp.Roadbridge Ltd; John Sisk & Son Ltd; CRB Covil Engineering Ltd:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nie przedłożenia referencji bądź innych dokumentów potwierdzających, że robota została wykonana należycie w przypadku wymagania wykazania się osobą pełniącą funkcję kierownika budowy/robót na minimum jednym zleceniu polegającym na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5, Izba uznała że powyższy zarzut nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Izba ustaliła, że wykonawca miał wykazać się, iż dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, t.j. dla części I – dysponuje co najmniej jedną osobą z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/robót oraz pełniła tę funkcję przy realizacji minimum jednego zlecenia polegającego na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2011 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż w przedłożonym wykazie zamówień zrealizowanych przez wykonawcę w rubryce-przedmiot zamówienia – brak jest informacji dotyczącej wykonania nowej nawierzchni w technologii budowy z kruszywa łamanego i betony asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS, i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych, przy klasie obciążenia ruchem minimum KR 5, każde o powierzchni 100.000 m². W przedłożonym CV Pana Mirosława P brak jest informacji na temat pełnienia funkcji kierownika budowy robót przy realizacji zadania dotyczącego nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS, i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5.

Pismem z dnia 25 stycznia 2011 r. wykonawca udzielił Zamawiającemu odpowiedzi.

Jednakże pismem z dnia 26 stycznia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę o uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że robota podczas, której Pan Mirosław P brał udział, została wykonana należycie.

31 stycznia wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył Zamawiającemu wydruki ze stron internetowych na potwierdzenie, że ww. robota została wykonana należycie.

Zdaniem Izby w świetle wymagań Zamawiającego dopuszczającego w ogłoszeniu o zamówieniu przedłożenia dokumentów potwierdzających, że robota została wykonana w sposób należyty – w tym przedłożenia np. protokołów odbioru końcowego, opinii zamawiających na rzecz których, zamówienia zostały zrealizowane nie można zgodzić się z

Odwołującym, że wydruki ze stron internetowych, dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia nie mieszczą się w kategorii opinii, zatem zarzut Odwołującego jest bezzasadny. Ponadto na marginesie Izba dodaje, iż Rozporządzenie 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 oraz z 2008 r., Nr 188, poz. 1155) (dalej zwane: „*Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*”) nie przewiduje możliwości żądania referencji w przypadku warunku wykazania się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Czym innym jest wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a czym innym wykazanie się realizacją określonej ilości zamówień. Ustawodawca przewidział możliwość żądania referencji wraz z wykazem robót, zatem niezrozumiałym jest wymaganie postawione przez Zamawiającego w świetle przepisów Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Co do zarzutu dotyczącego stanowiska Pana Mirosława P, który zdaniem Odwołującego nie pełnił funkcji kierownika budowy, należy stwierdzić, iż istnieją podstawy by uznać, iż Zamawiający powyższą okoliczność powinien jeszcze raz wyjaśnić. Izba zaważa, że w świetle zapisów ogłoszenia Zamawiający wymagał wykazania się osobą na stanowisku kierownika budowy/robót. Zatem zdaniem Izby powyższy warunek należało czytać w ten sposób, iż Zamawiający dopuszczał alternatywę wykazania się kierownikiem budowy bądź kierownikiem robót. Wykonawca w załączonym do wniosku CV poz. 1 – zawarł sprzeczne informacje. Z jednej strony wskazał, iż w latach 2008-2009 Pan Mirosław P pełnił funkcję kierownika robót, z drugiej wskazał, iż pełnił funkcję kierownika budowy na odcinku węzeł Stryżek –węzeł Białe Błota. Izba wskazuje, iż w świetle rozbieżności zawartych w CV, biorąc pod uwagę zapisy ogłoszenia a także biorąc pod uwagę pismo złożone przez Odwołującego z dnia 28 lutego 2010 r. z GDDKiA, wskazującego iż funkcję kierownika budowy na tym odcinku pełnił Pan Kamil C należy uznać, iż w świetle tych okoliczności Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień, z zapytaniem jaką funkcję pełnił Pan Mirosław P na tym odcinku. Tym samym Izba wskazuje, że Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp powinien powyższą kwestię wyjaśnić.

Ponadto na marginesie Izba dodaje, że Zamawiający wskazując w warunku, że wymaga kierownika budowy alternatywnie kierownika robót nie może później na etapie oceny wniosków modyfikować powyższego warunku. Izba wskazuje, że Zamawiającemu nie wolno oceniać wniosków w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w ogłoszeniu zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich wnioski zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w ogłoszeniu wymagań, na podstawie kryteriów zawartych w

ogłoszeniu. Jednocześnie należy wyrazić pogląd, iż Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny wniosków nadawać postanowieniom ogłoszenia inne, niż pierwotnie ustalone znaczenie. Nie jest dopuszczalne także w toku badania wniosków doprecyzowywanie przez Zamawiającego postanowień oraz formułowanie dodatkowych wymagań, w treści ogłoszenia nie zawartych. Ocena wniosków oparta o domniemane wymagania prowadzi może do dowolności a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do zarzutu załączenia do wniosku dokumentów w języku obcym bez wymaganych tłumaczeń, Izba zauważa, że powyższy zarzut nie został przez Odwołującego w sposób właściwy skonkretyzowany. Odwołujący wskazał, że wykonawca nie załączył wymaganych tłumaczeń, nie precyzując jednocześnie, które z dokumentów nie zostały przetłumaczone. W opinii Izby powyższy zarzut jest zbyt ogólny, nie odnosząc się konkretnych dokumentów załączonych do wniosku. Należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści protestu oraz odwołania na artykuł ustawy i rozporządzenia nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego protest oraz odwołanie prowadzi może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać konkretne okoliczności naruszenia przepisu ustawy oraz rozporządzenia. Mając powyższe na względzie niniejszy zarzut nie był przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV. Zarzuty dotyczące wniosku wykonawcy Bilfinger Berger Budownictwo S.A:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nie potwierdzenia wykazania, że pan Robert J uczestniczył przy realizacji minimum jednego zlecenia polegającego na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych, przy klasie obciążenia ruchem minimum KR5 oraz nie przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie w sposób należyty wymienionych w załączniku nr 3 (potencjał kadrowy) zadań referencji bądź innych dokumentów potwierdzających, że robota została wykonana należyście, należy uznać, że zarzut nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Izba zauważa, że Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2011 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących załączników 4, 5, 6 (doświadczenie zawodowe) wskazując, iż brak jest wyszczególnionych zakresów z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych. Ponadto Zamawiający wskazał również, że w przedłożonym wniosku załącznik nr 3 oraz w dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie roboty (protokół odbioru końcowego płyty PPS) brak jest informacji na temat pełnienia funkcji kierownika przy

realizacji wykonania nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS, i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych, przy kłapie obciążenia ruchem minimum KR 5.

Wykonawca pismem z dnia 24 stycznia 2011 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego załączając załącznik nr 3 (potencjał kadrowy) i nr 4 (doświadczenie zawodowe). Ponadto pismem z dnia 26 stycznia 2011 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że robota dotycząca Przebudowy drogi ekspresowej S-8 Radzymin – Wyszaków została wykonana należycie. Pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. Zamawiający odpowiedział Zamawiającemu załączając dokumenty w tym zakresie.

Co do argumentu Odwołującego, że wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia bez potwierdzenia referencjami lub innymi dokumentami, Izba wskazuje że załącznik nr 3 został przez wykonawcę doprecyzowany, zaś referencje potwierdzające należyte wykonanie załączone zostały do wniosku wykonawcy. Ponadto Izba zauważa, że wykonawca załączył do wniosku np.: protokół odbioru płyty PPS3. W opinii Izby referencje, z których Odwołujący wywodzi wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę warunku nie są dokumentami służącymi potwierdzeniu cech wykonanych zamówień, ale dokumentami potwierdzającymi fakt ich należytego wykonania. Z przepisów Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wynika, że dane niezbędne do oceny, nie muszą być powtórzone w dokumentach referencyjnych, z których wynikać ma jedynie, czy zamówienie zostało wykonane należycie. Zatem zarzut, iż z protokołu odbioru nie wynika realizowany na wymienionych zadaniach zakres, jest zdaniem Izby nieuprawniony. Ponadto niezrozumiałe jest również posiłkowanie się przez Odwołującego pismem z dnia 24 lutego 2011 r. z GDDKiA Oddział w Warszawie, z którego wynika, iż *„W przypadku projektu FS 2004/PL/16/C/PT/002 obejmującego budowę drogi ekspresowej S-8 na odcinku Radzymin Wyszaków z obwodnicą Wyszkowa oraz Radzymina, Zamawiającym jest GDDKiA z siedzibą w Warszawie. W związku z powyższym ewentualne zapytania dotyczące wystawiania przedmiotowych referencji prosimy kierować na adres Zamawiającego (...)”*.

Ponadto co do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji Izba przypomina, iż nie może orzekać, co do zarzutów, które nie zostały zawarte w proteście.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....