

WYROK

z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa oraz

Aldesa Construcciones S.A. c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt

w postępowaniu prowadzonym przez

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.

ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o. o., ul. Ks. bpa Herberta Bednorza 19, 40-384 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Baczyna wraz z wprowadzeniem linii 400 kV Krajnik – Plewiska” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 kwietnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 081-144590. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. i Aldesa Construcciones S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo że osoba dedykowana na stanowisko kierownika robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej posiada wymagane kwalifikacje i w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zaniechanie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia powtórzonej czynności badania i oceny oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 8 grudnia 2015 r.,
2. utrzymania w mocy pierwotnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 9 września 2015 r., ewentualnie powtórzenia oceny oferty odwołującego i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
3. zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem VI.2).g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał dysponowania m.in. kierownikiem robót budowlanych posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz doświadczenie zawodowe, tj.

w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót budowlanych przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub modernizacji obiektów sieci elektroenergetycznej prądu przemiennego o napięciu 220 kV lub 400 kV przekazanych do eksploatacji, o wartości nie niższej niż 5 mln zł netto każdą.

W swojej ofercie odwołujący nie wskazał żadnej osoby na ww. stanowisko, dlatego zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał go o uzupełnienie m.in. w tym zakresie. Odwołujący uzupełnił wykaz w wymaganym terminie wskazując na stanowisko kierownika robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej Kazimierza Siekierskiego, dla którego wykazał doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót budowlanych przy budowie następujących obiektów sieci elektroenergetycznej prądu przemiennego o napięciu 220 kV lub 400 kV:

1. budowa stacji 400/110 kV Wrocław 2008, wartość netto ponad 6 mln zł,
2. budowa linii 400 kV Pasikurów do nowo projektowanej stacji 400/110 kV Wrocław 2009-2013, wartość netto ponad 10 mln zł,
3. budowa dwutorowej napowietrznej linii 400 kV Kromolice-Pątnów po trasie linii 220 kV Plewiska-Konin 2010-2011, wartość netto ponad 10 mln zł,
4. budowa stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Kromolice 2011-2013, wartość netto ponad 6 mln zł

dodając w piśmie uzupełniającym, iż przy pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru należy wykazać się o wiele szerszą wiedzą i doświadczeniem podczas realizacji robót niż przy pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych, przez co wykazanie się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru stanowi nadprogramowe wykazanie spełnienia postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego.

Zamawiający uznał, że odwołujący wykazał spełnianie warunków i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Postępowanie podlegało obowiązkowej kontroli uprzedniej Prezesa UZP. W informacji o wyniku kontroli Prezes UZP wskazał, iż funkcje inspektora nadzoru i kierownika robót są odmienne, a więc odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu uregulowanego w punkcie VI.2).g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zalecił zamawiającemu wykluczenie odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli, powtórzył czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach której przyjął, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej

i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawcy nie mają środków ochrony prawnej w zakresie instytucji kontroli uprzedniej Prezesa UZP, mogą zatem jedynie kwestionować czynności i zaniechania zamawiającego, czyli powtórzoną czynność oceny oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną przez zamawiającego w wykonaniu zaleceń pokontrolnych.

Co do kwestii spełniania przez K. S. wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla stanowiska kierownika robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, to, zdaniem odwołującego, stwierdzenie, że osoba posiadająca doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru nie posiada wystarczającego doświadczenia i nie spełnia warunku dla kierownika robót, przeczy zasadom zdrowego rozsądku i celowi formułowania, a następnie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. weryfikacji, czy wykonawca i personel jakim dysponuje ma kwalifikacje dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jak wynika bowiem z ustawy Prawo budowlane, pełniąc funkcję inspektora nadzoru budowlanego osoba uzyskuje taką samą wiedzę na temat realizacji procesu inwestycyjnego jak kierownik robót budowlanych, ponieważ nadzoruje czynności kierownika robót budowlanych lub kierownika budowy jako przedstawiciel inwestora. Zatem argumentacja *a maiori ad minus* nakazuje przyjęcie, że wymaganie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełnia także osoba z doświadczeniem jako inspektor.

Określone w art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane kompetencje inspektora nadzoru obejmują m.in.: reprezentowanie na budowie inwestora w zakresie zgodności realizacji budowy z dokumentacją techniczną, pozwoleniem na budowę, zgodności z przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej; sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych materiałów budowlanych w tym sprawdzanie oraz odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających; uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych; przygotowanie i udział w czynnościach odbioru i przekazania obiektów do użytkowania. Inspektor nadzoru budowlanego posiada również uprawnienia do: wydawania kierownikowi budowy lub kierownikowi robót poleceń, potwierdzonych wpisem do dziennika budowy, dotyczących usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań, także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych, oraz przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzonych robót budowlanych i dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie wyrobów budowlanych oraz urządzeń technicznych; żądania od kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Tym samym pozycja inspektora nadzoru

budowlanego jest taka, że ma on nadrzędne uprawnienia w stosunku do kierownika robót budowlanych i kierownika budowy, co prowadzi do wniosku, że jego wiedza i doświadczenie oraz znajomość nadzorowanego procesu budowlanego muszą być co najmniej takie same jak kierownika robót budowlanych i kierownika budowy.

Sposób rozumienia warunku przedstawiony w wyniku kontroli Prezesa UZP i przyjęty przez zamawiającego nie dopuszcza osób z doświadczeniem wyższym niż wymagane i dyskredytuje osoby, które np. w przeszłości wykonywały funkcję kierownika robót, a następnie wykonywały funkcje nadrzędne tj. inspektora nadzoru, co jest typową ścieżką kariery w sektorze budownictwa. Podejście zaprezentowane w kontroli wskazuje na brak adekwatności tak rozumianego wymagania i prowadzi do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Kierownik budowy i inspektor nadzoru budowlanego muszą posiadać tego samego rodzaju państwowe uprawnienia budowlane, zatem mogą te funkcje wykonywać zamiennie. Jak się przyjmuje, doświadczenie zawodowe wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego i personelu wykonawcy oznacza zdobytą umiejętność, która została ugruntowana praktyką w danej specjalności, a nie doświadczenie na określonym stanowisku.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że odwołujący nie udowodnił, że K. S., wskazany na stanowisko kierownika robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, legitymuje się wymaganym doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub modernizacji obiektów elektroenergetycznych prądu przemiennego o napięciu 220kV lub 400kV przekazanych do eksploatacji, o wartości nie niższej niż 5 mln netto każda. Jak natomiast wynika z uzupełnionego przez odwołującego na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykazu osób, K. S. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót budowlanych w przy budowie czterech obiektów elektroenergetycznych prądu przemiennego o napięciu 220 kV lub 400 kV, a nie, jak wymagał zamawiający – kierownika robót budowlanych.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że doświadczenie nabyte przy pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót budowlanych jest równoważne doświadczeniu nabytemu przy pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych. Za tym stanowiskiem, według odwołującego, przemawia, że osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru uzyskuje taką samą wiedzę na temat realizacji procesu inwestycyjnego jak kierownik robót budowlanych, ponieważ nadzoruje czynności kierownika robót budowlanych/kierownika budowy. Słuszne jednak jest stwierdzenie Prezesa UZP, zawarte w informacji o wyniku

kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia, że, jak wynika z treści art. 22 i 25 ustawy Prawo budowlane, funkcje i uprawnienia kierownika robót budowy (i robót) oraz inspektora nadzoru są odmienne. W odniesieniu do kierownika robót dotyczą one kwestii kierowania i koordynowania robót budowlanych (bądź ich branżowego zakresu), w przypadku inspektora nadzoru zaś sprawdzania i nadzorowania przebiegu robót budowlanych. Do zadań kierownika budowy (i robót) należy zwłaszcza ustalenie harmonogramu rzeczowo-finansowego budowy (robót), wybór dostawców materiałów, zakup i koordynacja dostaw na budowę (łącznie z organizacją miejsc składowania, montażu częściowego i finalnego), przeprowadzenie realizacji robót z zapewnieniem spełnienia wymagań opisanych w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (art. 21a ustawy Prawo budowlane), świadomy udział w realizacji całości wielobranżowego zadania inwestycyjnego, koordynacja współpracy z podwykonawcami, koordynacja i podział pracy na budowie. Jeżeli więc na stanowisku inspektora nadzoru wystarczająca jest wiedza na temat realizacji procesu inwestycyjnego, o tyle na stanowisku kierownika budowy (lub robót) wymagane jest dodatkowo wykazanie się kompetencjami kierowniczymi (menadżerskimi). Oznacza to zatem, że osoba pełniąca funkcję kierownika budowy lub robót nabywa doświadczenie w szerszym zakresie niż osoba wykonująca funkcję inspektora nadzoru.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść warunku udziału w postępowaniu i treść złożonego przez odwołującego wykazu osób, jak też przebieg postępowania) nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez odwołującego w odwołaniu (nie był on kwestionowany przez zamawiającego ani przystępujących), nie będzie zatem powtarzany w niniejszej części uzasadnienia.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, w ramach warunku udziału w postępowaniu, wymagał, aby wykonawca dysponował osobą na stanowisko kierownika robót budowlanych posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz doświadczenie zawodowe, tj. w okresie ostatnich 10 lat przed upływem

terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót budowlanych przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub modernizacji obiektów sieci elektroenergetycznej prądu przemiennego o napięciu 220kV lub 400kV przekazanych do eksploatacji, o wartości nie niższej niż 5 mln zł netto każdą.

Na to stanowisko odwołujący wskazał K. S., którego doświadczenie opisał jako doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru robót budowlanych przy budowie następujących obiektów sieci elektroenergetycznej prądu przemiennego o napięciu 220 kV lub 400 kV: 1. budowa stacji 400/110 kV Wrocław 2008, wartość netto ponad 6 mln zł; 2. budowa linii 400 kV Pasikowice do nowo projektowanej stacji 400/110 kV Wrocław 2009-2013, wartość netto ponad 10 mln zł; 3. budowa dwutorowej napowietrznej linii 400 kV Kromolice-Pątnów po trasie linii 220 kV Plewiska-Konin 2010-2011, wartość netto ponad 10 mln zł; 4. budowa stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Kromolice 2011-2013, wartość netto ponad 6 mln zł komentując, iż przy pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru należy wykazać się o wiele szerszą wiedzą i doświadczeniem podczas realizacji robót niż przy pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych, przez co wykazanie się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru stanowi nadprogramowe wykazanie spełnienia postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego.

W ocenie Izby odwołujący ewidentnie więc nie wykazał spełnienia postawionego warunku, gdyż wymóg warunku był jasny – doświadczenie miało dotyczyć pełnienia funkcji kierownika robót, a nie inspektora nadzoru.

Znaczenie pojęcia „kierownik robót” jest jednoznaczne i odnosi się do uczestnika procesu budowlanego wskazanego w art. 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, którego prawa i obowiązki zostały opisane w art. 22 i 23 w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy Prawo budowlane. Tak też pojęcie to rozumiały strony i przystępujący.

Z kolei „inspektor nadzoru” (inspektor nadzoru inwestorskiego) to uczestnik procesu budowlanego wskazany w art. 17 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, którego prawa i obowiązki zostały opisane w art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane. Tak też pojęcie to rozumiały strony i przystępujący.

Nie ma wątpliwości, że są to dwie odmienne funkcje i nie mogą być traktowane zamiennie, wbrew wyraźnemu brzmieniu warunku. Zamawiający nie wskazał bowiem, że doświadczenie ma być zdobyte jako kierownik robót „lub równoważne”, czy też takie, które wykonawca uzna za lepsze (zresztą również „lepszość” doświadczenia inspektora nadzoru nad doświadczeniem kierownika robót jest wysoce dyskusyjna).

Nie negując zdobytej wiedzy i doświadczenia zawodowego pana S., które obiektywnie mogą nie mieć porównywalnej w skali kraju, należy wskazać, że nie ma ona znaczenia, gdyż nie odnosi się do postawionego warunku.

Oczywiste jest, że wymogi warunku nie mogą być zmienione po upływie terminu składania ofert, czy to poprzez ich zignorowanie, czy też interpretację, która nie jest uzasadniona jego treścią. Jeśli zamawiający miałby dopuścić doświadczenie zdobyte przy pełnieniu funkcji inspektora nadzoru, powinno to wynikać z brzmienia warunku i być widoczne dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty lub mogli mieć taki zamiar. Przeczyłoby to zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania (art. 10 dyrektywy 2004/17/WE), która wymaga, by wszystkie wymogi były znane wykonawcom od początku postępowania (przed składaniem ofert), a potem były dotrzymane.

Jeśli zaś wykonawca uznawał warunek za zbyt wąski, miał czas na jego negowanie po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 180 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie poprzez samowolną próbę jego zmiany.

Przedstawiony dokument został złożony w ramach uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podlega więc ponownemu uzupełnieniu, a wykonawca poprawnie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: