

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z **25 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **konsorcjum firm - COMPLEX BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kobryńska 28A i Rd bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Ryżowa 33b** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 137**

przy udziale **Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A** przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;**
- 2) Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm - COMPLEX BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kobryńska 28A i Rd**

bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Ryżowa 33b i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **konsorcjum firm - COMPLEX BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kobryńska 28A i Rd bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Ryżowa 33b** tytułem wpisu od odwołania
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **konsorcjum firm - COMPLEX BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kobryńska 28A i Rd bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Ryżowa 33b** na rzecz **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 137** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) 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

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą budowa budynku administracyjno-garażowego wraz z lądowiskiem dla śmigłowców sanitarnych na terenie CSK MSWiA w Warszawie, przy ul. Wołoskiej 137 zostało wszczęte przez zamawiającego Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 137, ogłoszeniem o zamówieniu w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego opublikowanym w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 20 października 2010r. za numerem 2010/S 204-310983.

W dniu 15 marca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Warbud Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A oraz o wykluczeniu wykonawcy konsorcjum firm - COMPLEX BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kobryńska 28A (Lider) i Rd bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Ryżowa 33b (Uczestnik) -(zwanego dalej odwołującym) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm - dalej ustawy) i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W dniu 25 marca 2011r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z przedmiotowego postępowania, pomimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dalej siwz; art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez nieprecyzyjne sformułowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie dokonania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia treści złożonych dokumentów; art. 92 ust. 1 ustawy poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania; art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wykluczenie odwołującego z postępowania i zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać

uszczerbku. Odwołujący może bowiem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę zgodną z SIWZ oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego, a przez działanie zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 7 marca 2011 roku zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającym na wykonaniu w ramach jednego zamówienia co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą „g) kierownik robót drogowych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych takich jak drogi dla ruchu i postoju statków powietrznych”. Odwołujący pismem z dnia 8 marca 2011 roku przedłożył w załączeniu referencje z dnia 13 grudnia 2010 roku na przygotowanie projektów oraz wykonanie parkingu na ponad 100 miejsc w Gdyni oraz referencje z dnia 10 marca 2008 roku potwierdzające wykonanie parkingu wielopoziomowego na 800 miejsc w Wasquehal oraz dokumenty stwierdzające dysponowanie osobą -kierownikiem robót drogowych (uprawnienia bez ograniczeń kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej w zakresie dróg i lotniskowych dróg startowych oraz manipulacyjnych wraz z ważnym zaświadczeniem przynależności do Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

W dniu 15 marca 2011 roku odwołujący dowiedział się o swoim wykluczeniu. W uzasadnieniu tej decyzji zamawiający podał, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w części 6 pkt. 6.2 ppkt. 2 SIWZ w związku z brakiem wykazania, że realizacja wymieniona w pkt. 1 załącznika nr 3 dotyczy roboty budowlanej w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego oraz nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający podał także, że odwołujący nie uzupełnił dokumentu - wykaz wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazał jednak, że dokumenty załączone do oferty, wyjaśnienia odwołującego złożone na etapie badania i oceny ofert oraz przedłożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego referencje potwierdzają, że wszystkie warunki, opisane przez zamawiającego w SIWZ zostały przez odwołującego

spełnione. Odwołujący podał, że wykonał zamówienie, którego przedmiotem była budowa parkingu w Gdyni wraz z projektem wykonawczym, parkingu naziemnego, z dwoma kondygnacjami na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych. Niezałączenie wykazu robót nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z referencji przedłożonych w dniu 8 marca 2011 roku wystawionych przez PGOM sp. z o.o. wynika bowiem, rodzaj i wartość robót, data i miejsce wykonania oraz, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący podniósł, że o ile zamawiający nie może wymagać, aby referencje potwierdzały zakres czy wartość robót, o tyle jeśli takie informacje z referencji wynikają, to nie może ich pomijać przy ocenie spełniania warunku. Tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał w sposób wyraźny w piśmie z dnia 7 marca 2011 roku, w jakim zakresie nie uznał wykazanej przez Odwołującego roboty budowlanej. Wskazał, że referencja ta powinna być odczytywana łącznie z dokumentacją już załączonymi do oferty i złożonymi w ramach wyjaśnień. W wyniku złożonych w dniu 10 stycznia 2011r. wyjaśnień odwołujący potwierdził, iż „referencja dotyczy budowy parkingu nadziemnego (...) dwukondygnacyjny o powierzchni powyżej 9000 m², na którym zostało dobudowane Centrum Handlowe na minimum 100 miejsc parkingowych.”

W zakresie drugiej z podstaw wykluczenia odwołujący wskazał, że na do uzupełnienia dokumentów przedłożył dokument - Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie wystawione na Pana Jarosława Michała K. (magistra inżyniera budownictwa) kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej w zakresie dróg i lotniskowych dróg startowych oraz manipulacyjnych do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie budowli dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, typowych przepustów i mostów, do sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów budowli nie będących budynkami. Załączył również zaświadczenie potwierdzające przynależność Pana Jarosława Michała K. do Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa (ważne od dnia 1 listopada 2010r. do dnia 31 października 2011r.). W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu zamawiający nie uzasadnił, w jakim zakresie odwołujący nie wykazał, że tego warunku nie spełnia, przez co naruszył art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp. Skoro przesłanką wykluczenia wykonawcy było nie załączenie wykazu osób i oświadczenia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, to zamawiający winien był w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wyraźnie i w sposób jednoznaczny wskazać, jakich dokumentów żąda od Wykonawcy. Odwołujący miał trudność w interpretacji wezwania i odczytania, w jakim zakresie zamawiający kwestionuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez

odwołującego. Według odwołującego, w takim wezwaniu musi się znaleźć wskazanie, które dokumenty (oświadczenia, pełnomocnictwa) należy uzupełnić, jakimi cechami muszą się te dokumenty charakteryzować i dlaczego zamawiający kwestionuje zawartość oferty. Nieprecyzyjne wezwanie nie pozwala na prawidłowe wykonanie wezwania, ani na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Dokładne wskazanie dokumentów, jakich oczekiwał Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie znalazło się dopiero w piśmie z dnia 15 marca 2011 roku zatytułowanym „Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Z ostrożności odwołujący wskazał, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający miał uprawnienia do ponownego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, z uwagi na brak precyzji wezwania z dnia 7 marca 2011r. Zamawiający, według odwołującego poprzez wykluczenie go z postępowania, naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 marca 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu lidera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego dla lidera konsorcjum udzielonego przez partnera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji partnera, ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono na wezwanie Izby. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 marca 2011r.

W dniu 25 marca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym

W dniu 28 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A – przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, z uwagi na to, że jest wykonawcą wybranym, a w przypadku uwzględnienia odwołania utraciłby możliwość jego uzyskania. W uzasadnieniu podniósł, że Izba w wyroku z 17 lutego 2011r. sygn. akt KIO 254/11, stwierdziła, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wyrok precyzyjnie określał, jakich warunków odwołujący nie spełnił. Zamawiający, wykonaniu tego wyroku, wezwał 07 marca 2011r. odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wskazując za Izbą, jakich warunków mają dotyczyć. Zważywszy, że odwołujący był uczestnikiem postępowania w sprawie sygn. akt KIO 254/11, oraz zważywszy na precyzyjne wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, chybiony jest, według przystępującego, zarzut odwołującego, iż wezwanie było nieprecyzyjne. Odwołujący nie kwestionował treści wezwania z 07 marca 2011r., a nawet udzielił na nie odpowiedzi. Czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty zamawiający wykonał prawidłowo oraz podał jej uzasadnienie tak

faktyczne jak i prawne. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 marca 2011r., na dowód czego załączono kopię pisma z prezentatą zamawiającego i raport transmisji faksowej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. oferty odwołującego, wezwania do wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2011r. odpowiedzi odwołującego na wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2011r., wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń z dnia 7 marca 2011r., odpowiedzi odwołującego na wezwanie z dnia 8 marca 2011r., informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

Konsorcjum załączyło do oferty 3 dokumenty zawierające wykaz wiedzy i doświadczenia. Z treści tych wykazów wynika, iż Konsorcjum wykonało: Stan surowy parkingu w Gdyni, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca w Szpitalu Wojewódzkim nr 2 w Rzeszowie, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca w Specjalistycznym Szpitalu im. dr A. Sokołowskiego w Wałbrzychu, projekt budowlany i wykonawczy lądowiska dla śmigłowca Wojewódzkiej stacji pogotowia ratunkowego i transportu medycznego w Płocku. Tylko jedna z powyższych robót dotyczyła parkingu – objęta wykazem ze strony 13 oferty i potwierdzona listem referencyjnym ze strony 15, gdzie zakres wykonanych prac określono jako „stan surowy”.

W dniu 7 stycznia 2011r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści załącznika nr 3 – wykaz wiedzy i doświadczenia – czy wykazania w załączniku „Budowa parkingu. Stan surowy” dotyczy budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych, oraz zwrócił się z prośbą o wskazanie w ofercie miejsca, w którym znajduje się zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy wskazanych w załączniku nr 4 pracowników – Szymona Stanisława Ś. i Krzysztofa J.

W dniu 10 stycznia 2011r. odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego i wskazał, że potwierdza, że referencja dotyczy udowy parkingu naziemnego, to parking dwukondygnacyjny o powierzchni powyżej 9000m², na którym zostało dobudowane Centrum Handlowe na minimum 200 miejsc parkingowych. Co do pracowników, to odwołujący wskazał, że zobowiązanie zostało zamieszczone na stronie 48 oferty.

W dniu 17 stycznia 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy oświadczenia (zobowiązania) do udostępnienia wykonawcy pracownika p. Krzysztofa J..

W dniu 17 stycznia 2011r. odwołujący złożył oświadczenie Samodzielnej Pracowni Usług Projektowych s.c. W. Kaźmierski, M. Opęchowski i S. Śnieżek o udostępnieniu pracowników Szymona Stanisława Ś. i Krzysztofa J.

W dniu 26 stycznia 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 zaświadczeń w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 dla osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej lub oświadczenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym. Administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania dla Jean – Francois D., Jean – Piere S..

W dniu 27 stycznia 2011r. odwołujący przedłożył zaświadczenia dla wskazanych w wezwaniu osób z Ministerstwa Sprawiedliwości Dyrekcji ds. Karny i Ułaskawień Krajowego Rejestru Karnego

W dniu 28 stycznia 2011r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. o wyborze oferty odwołującego.

W dniu 7 lutego 2011 r. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1870) („rozporządzenie w sprawie dokumentów”), oraz
- art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 rozporządzenie w sprawie dokumentów,
- art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez niezastosowanie wskazanych przepisów, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wspólnie ubiegających się o zamówienie COMPLEX BUD Sp. z o.o. oraz RD BUD Sp. z o.o., których oferta została uznana za najkorzystniejszą, pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie z udziału tego wykonawcę, ze względu na:

a) przedłożenie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłane w wykonaniu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wadliwego dokumentu wymaganego celem wykazania niezastnienia okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, oraz

b) niespełnienie warunku o którym mowa w pkt. 6.2.2.1 SIWZ oraz

c) niespełnienie warunku o którym mowa w pkt. 6.2.4.g SIWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W dniu 17 lutego 2011r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 254/11 uwzględniając odwołanie Warbud S.A. i nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że odwołujący rzeczywiście nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie parkingu. W ocenie Izby wątpliwości Warbud zostały wystarczająco uprawdopodobnione, a z dokumentów złożonych przez odwołującego wraz z ofertą i następnie złożonych wyjaśnień w sposób jednoznaczny nie wynikało potwierdzenie spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 7 stycznia 2011 r. nie zmierzało do merytorycznego wyjaśnienia zakresu wykonanych przez odwołującego robót związanych z parkingiem, a raczej do potwierdzenia, że robota ujęta w wykazie ze strony 13 stanowi udokumentowanie skonkretyzowanego warunku w postępowaniu, nic nie stoi na przeszkodzie, aby wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykonaniu w ramach jednego zamówienia co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych. Izba stwierdziła także, iż przedłożone przez odwołującego uprawnienia budowlane ograniczone do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych nie są uprawnieniami bez ograniczeń, jakich wymagał zamawiający. Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert, wzywając do uzupełnienia Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób i/albo dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień budowlanych w zakresie specjalności drogowej.

W dniu 7 marca 2011r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu polegającym na wykonaniu w ramach jednego zamówienia co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych z podaniem ich

rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej In prawidłowo ukończone (załącznik nr 3) i uzupełnienie dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą „g) kierownik robót drogowych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach takich jak drogi dla ruchu i postoiu statków powietrznych”

W dniu 8 marca 2011r. odwołujący przedłożył list referencyjny PGOM sp. z o.o. z 13 grudnia 2010r., z którego wynika, że RD bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przeprowadziła dla PGOM inwestycję budowlaną pod nazwą parking w Gdyni na ponad 100 miejsc parkingowych w okresie od listopada do grudnia 2009r. w zakresie wykonanych prac – stan surowy. Z referencji wynika, że RD bud wywiązał się z zadań obejmujących także przygotowanie projektów wykonawczych oraz warsztatowych, zgodnie zawartą umową. Odwołujący dołączył także potwierdzenie wykonania robót budowlanych dla Rabot Dutilleul Construction, który wykonał dla Centrum Medycznego Valenciennes parking przy centrum medycznym przy Avenue Desandrouin w okresie styczeń 2005 do 19 kwietnia 2006r. Była to budowa parkingu wielopoziomowego na 800 miejsc o powierzchni 18 250m², konstrukcja silosowa na 4 poziomach całkowicie otwartych. Z referencji wynika bardzo dobra jakość świadczenia, dobre przestrzeganie terminów i utrzymanie placu budowy. Odwołujący załączył ponadto stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego dla Jarosława Michała K. do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej w zakresie dróg i lotniskowych dróg startowych oraz manipulacyjnych i zaświadczenie z Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 19 października 2010r. potwierdzających przynależność do samorządu zawodowego i posiadanie ubezpieczenia oc.

Izba zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i w przypadku uwzględnienia odwołania, uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku działania zamawiającego w postaci kosztów sporządzenia oferty, oraz utraty zakładanego zysku z zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego w siwz; art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjały kadrowego. Wbrew twierdzeniom odwołującego złożonym na rozprawie podstawą wykluczenia wykonawcy jest nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Stanowi o tym wprost art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu. Takie sformułowanie ustawowe wyraźnie wskazuje, kto co komu ma udowodnić. I nie jest tak, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę wyłącznie wtedy, gdy udowodni wykonawcy, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, ale to wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, za pomocą wskazany w siwz dokumentów lub oświadczeń, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeśli wykonawca nie wykona w tym zakresie ciężącego na nim obowiązku musi liczyć się z możliwością wykluczenia go z postępowania, oczywiście z uwzględnieniem treści art. 26 ust. 3 ustawy. W przedmiotowej sprawie zamawiający wykonał ciężące na nim obowiązki ustawowe zmierzające do umożliwienia odwołującemu złożenia dokumentów i oświadczeń w celu wykazania warunku. Jednakże odwołujący z tej możliwości nie skorzystał. Izba stwierdza, że w sprawie sygn. akt KIO 254/11 jednoznacznie ustalono na podstawie dokumentów załączonych do oferty tj. wykazu robót budowlanych (załącznik nr 3 do siwz), referencji, wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia (załącznik nr 4 do siwz) oraz oświadczeń o posiadanych uprawnieniach, a także oświadczenia odwołującego z dnia 10 stycznia 2011r., że odwołujący nie wykazał spełniania warunku doświadczenia tj. nie wykazał, że wykonał robotę budowlaną dotyczącą parkingu naziemnego, 2 kondygnacyjnego, oraz że nie wykazał spełniania warunku potencjału kadrowego w zakresie kierownika robót drogowych, gdyż wskazana w ofercie na to stanowisko osoba posiada uprawnienia budowlane ograniczone. Tym samym przy dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, zamawiający miał obowiązek uwzględnić dokumenty i oświadczenia przedłożone przez odwołującego na wezwanie i zbadać je tak pod względem tego, czy są to dokumenty, których złożenia wymagał w siwz, oraz czy potwierdzają każdą z wymaganych w danym warunku okoliczności. W zakresie warunku doświadczenia zamawiający w siwz wyraźnie określił, że wymaga wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i

doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (Załącznik nr 3). Przy takim sformułowaniu siwz odwołujący do oferty załączył wykaz sporządzony na załączniku nr 3 wraz z referencjami. Identyczna treść jak wynikająca z siwz znalazła się w wezwaniu z dnia 7 marca 2011r. Zamawiający wręcz wskazał, że odwołujący ma złożyć załącznik nr 3. Tytuł tego załącznika zresztą wyraźnie wskazywał na cel, w jakim ma być on składany – wykaz robót budowlanych – wykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a w treści załącznika nr 3 znajdowało się także pouczenie „Na potwierdzenie spełniania warunku załączamy dokumenty potwierdzające, że wykazane roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Odwołujący zatem nie mógł mieć wątpliwości, że został wezwany do złożenia wykazu i dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną i ukończenie robót budowlanych. Nawet jednak, gdyby teoretycznie dopuścić możliwość wykazania spełniania warunku dokumentami i oświadczeniami nie wymaganymi w siwz, to i tak odwołujący nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W warunku doświadczenia mieściły się następujące elementy 1 robota budowlana wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych. Z przedłożonej referencji PGOM sp. z o.o. z dnia 13.12.2010r. nie wynika ilu kondygnacyjny był parking, ani ile kondygnacji było naziemnych. Natomiast referencja dla Rabot Dutilleul Construction, nie potwierdza wykonania projektu wykonawczego, ani nie wskazuje na to ile poziomów w tym poziomów naziemnych miał wielopoziomowy parking Centrum Medycznego Valenciennes. Oczywiście pomijając już zasadne stanowisko zamawiającego, że referencja dotycząca Centrum Medycznego dotyczy podmiotu, który nie został wskazany jako udostępniający zasób w rozumieniu art. 26 ust. 2 b ustawy. W zakresie potencjału kadrowego, to wyrok Izby sygn. akt KIO 254/11 przesądził, że odwołujący nie wykazał dysponowania kierownikiem robót drogowych, zatem osoba wskazana na to stanowisko w wykazie załączonym do oferty nie mogła być przez zamawiającego brana pod uwagę przy ocenie oferty. Zamawiający w siwz w zakresie potencjału kadrowego postawił warunek dysponowania kierownikiem robót drogowy, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych takich jak drogi dla ruchu i postoju statków powietrznych. Zamawiający oczekiwał wykazania spełniania tego wymogu poprzez złożenie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i

wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (Załącznik nr 4) oraz poprzez złożenie oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zamawiający zamieścił wzór załącznika nr 4, w którym wykonawcy mieli złożyć oświadczenie o sposobie dysponowania osobą, a także zamawiający zawarł w tym załączniku pouczenie jakie dokumenty wykonawca powinien złożyć jeżeli dana osoba jest mu udostępniana przez inny podmiot. Odwołujący nie kwestionował tych postanowień siwz, Do oferty załączył zarówno wykaz na załączniku nr 4 jak i oświadczenia, a na wezwanie zamawiającego uzupełniał zobowiązania podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy. W wezwaniu z dnia 7 marca 2011r. zamawiający w sposób dosłowny zacytował brzmienie warunku potencjału technicznego wskazując, że żąda dokumentów „w zakresie dysponowania osobą”. Izba stoi na stanowisku, że takie sformułowanie wezwania, zwłaszcza przy pierwotnym prawidłowym rozumieniu przez odwołującego postanowień siwz, było dostatecznie precyzyjne i jednoznaczne. Nawet gdyby teoretycznie dopuścić możliwość wykazania spełniania warunku innymi dowodami niż określone przez zamawiającego, to odwołujący nie wykazał spełniania tegoż warunku. Poza samym faktem, że dana osoba posiada wymagane przez zamawiającego uprawnienia, był zobowiązany wykazać zamawiającemu, że można tą osobą dysponować w trakcie wykonywania zamówienia, oraz wskazać czy jest to zasób własny czy udostępniony przez inny podmiot, a w przypadku udostępnienia był zobowiązany przedstawić stosowne zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący złożył w dniu 8 marca 2011r. wyłącznie dokumenty potwierdzające, że dana osoba ma uprawnienia do kierowania robotami drogowymi w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Jednakże z żadnego z załączonych przez odwołującego dokumentów nie wynika, że odwołujący może tą osobą dysponować, ani na jakiej podstawie. Tym samym odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek potencjału kadrowego. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez nieprecyzyjne sformułowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie dokonania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia treści złożonych dokumentów; art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania i zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom odwołującego, wezwanie z dnia 7 marca 2011r. było jednoznaczne i precyzyjne oraz określało dokumenty, które odwołujący powinien był złożyć, jeśli chciał wykazać zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W zakresie doświadczenia wezwanie wyraźnie wskazywało na załącznik nr 3 oraz na dokument potwierdzający wykonanie robót budowlanych w sposób zgodny ze sztuką budowlaną i ukończonych, a zamawiający dokładnie określił jakie informacje powinny się w tych dokumentach znaleźć w celu wykazania spełniania warunku. Co do warunku potencjału kadrowego, to wprawdzie zamawiający nie wskazał na konkretny załącznik do siwz, ani na oświadczenie o uprawnieniach, jednakże dokładnie określił, co odwołujący ma wykazać, aby zamawiający mógł uznać, że spełnia on warunek. Nadto trudno racjonalnie przyjąć, że odwołujący nie wiedział jakie dokumenty ma złożyć, skoro do oferty załączył zarówno wykaz na załączniku nr 4 jak i oświadczenia, a na wezwanie zamawiającego załączał zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia mu osób. Co do nie zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w celu wyjaśnienia wątpliwości co do uzupełnionych przez odwołującego w dniu 8 marca 2011r. dokumentów. To Izba stwierdza, że wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ma jednokrotny charakter. Powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest dopuszczalne jedynie w przypadku nieprawidłowego zastosowania przez zamawiającego tegoż przepisu. W przedmiotowej sprawie Izba stwierdza, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust. 3 ustawy i precyzyjnie wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Zatem w tej sytuacji nie dopuszczalne jest dalsze wzywanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie objętym pierwotnym wezwaniem. Art. 26 ust. 3 ustawy stanowi wyjątek od zasady zakazu zmiany oferty po upływie terminu składania ofert, musi być zatem wykładany ściśle i wykorzystywany jedynie w celu przewidzianym przez ustawodawcę. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ustawy. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy poprzez nie wezwanie do wyjaśnień co do złożonych przez odwołującego oświadczeń lub dokumentów, to Izba stwierdza, że również i ten przepis stanowi wyłom w zasadzie kompletności i niezmienności oferty od upływu terminu do składania ofert i również powinien być stosowany jednokrotnie, ściśle w sytuacji wątpliwości zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do odwołującego przepis ten został już zastosowany w dniu 7 marca 2011r. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy. Wobec uznania, że zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w informacji o wyniku postępowania z dnia 15 marca 2011r. podał uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenie odwołującego z postępowania. W zakresie uzasadnienia faktycznego powołał postanowienia siwz dotyczące warunku wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego ze wskazaniem rozdziału i dokładnej lokalizacji odpowiednich postanowień, określił jakich dokumentów zgodnie z siwz wymagał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazał na treść wyroku Izby z dnia 17 lutego 2011r. sygn. akt KIO 254/11, podał, że wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy i przytoczył treść tego wezwania, wskazał jakie dokumenty przedłożył odwołujący na to wezwanie, wskazał jak te dokumenty ocenił oraz podał, że podstawą faktyczną wykluczenia odwołującego było nie za

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 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) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego rachunku z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczalnej w rozporządzeniu (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....