

Sygn. akt: KIO 2165/17

WYROK

z dnia 6 listopada 2017r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz
Ewa Sikorska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 r. przez Wykonawcę **PHU BAUMARK R. S. ul. Świętojańska 106 (d. I Armii Wojska Polskiego 106) 07-202 Wyszaków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Suwałki, ul. Mickiewicza 1, 16-400 Suwałki**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę PHU BAUMARK R. S.

Ul. Świętojańska 106 (d. I Armii Wojska Polskiego 106) 07-202 Wyszaków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Zamawiającego **ELPOLAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, 28-230 Połaniec, Zawada 26** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2165/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - **Miasto Suwałki** prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn: „**Pełnienie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją przebudowy drogi wojewódzkiej nr 653 na terenie Miasta Suwałki - III etap. Część 2 Budowa odcinka od ul. Sejneńskiej do ul. Utrata z mostem i tunelem pod torami**”

Znak postępowania: zp.271.093.2017 .

Ogłoszenie o postępowaniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 580105-N-2017 z dnia 2017-08-30.

Dnia 16 października 2017 roku, działając na podstawie art. 180 ust. 2 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „R. S. P.F.U. Baumark w Wyszkanie, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania, uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienia ww. postępowania, zatrzymania wadium wniesionego w formie pieniężnej w kwocie 3.000,00 zł na rzecz Zamawiającego.

W odwołaniu zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo tego, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu,
- 3) art. 46 ust. 1 pkt 4 a Pzp poprzez zatrzymanie wadium pomimo udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
- 2) przeprowadzenia czynności ponownego badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z pośród złożonych ofert,
- 3) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 4) unieważnienia czynności zatrzymania wadium przez Zamawiającego,

5) zwrot kosztów postępowania odwoławczego i zastępstwa prawnego.

Odwołujący podkreślił, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący odniósł by korzyść w wyniku realizacji zamówienia. Szkodę w tym przypadku należy definiować jako brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak możliwości osiągnięcia zysku.

Zamawiający w dniu 11 października 2017r. r wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę. Z czynnością Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i podnosi co następuje:

Zamawiający, pismem dnia 8 września 2017r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Odwołujący dostarczył stosowne dokumenty w wyznaczonym terminie tj. do 14 września 2017r. W dniu 3 października 2017r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów (wykazu usług, wykazu osób). Wykonawca dostarczył stosowne dokumenty, wskazując

w (wykazie usług) zadanie: „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej 1 — Podstrefa Chorzele (Etap I)” oraz wskazując w (wykazie osób) Pana M. S., jako pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu oraz Inspektora nadzoru robót drogowych na zadaniu: „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej 1- Podstrefa Chorzele (Etap 1), przedstawiając na to jednoznaczne dowody w postaci poświadczenia wystawionego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Przasnyszu, oraz umowę z której jasno wynika, iż Inżynier Kontraktu był także Inspektorem nadzoru robót drogowych.

Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający w dniu 11 października 2017r. z bliżej nieznanych powodów wykluczył Wykonawcę PHU BAUMARK z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, unieważnił postępowanie oraz zatrzymał wadium.

Ponadto, w odwołaniu zwraca uwagę na fakt, iż Zamawiający w pierwszym postępowaniu wykluczył Wykonawcę PHU BAUMARK, odrzucił jego ofertę, unieważnił postępowanie oraz zatrzymał wadium powołując się na stwierdzenie, iż celowo nie dopuścił łączenia funkcji Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych z funkcją Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich ze względu na duży zakres robót i jego skomplikowanie zarówno w branży drogowej jak i drogowych obiektach inżynierskich. Ponadto jak stwierdził Zamawiający, Inspektor robót drogowych jest jednocześnie Kierownikiem zespołu nadzoru i jest obciążony dużo szerszym zakresem obowiązków związanych

z realizacją inwestycji. Dopuszczenie łączenia tych funkcji mogłoby znacząco wpłynąć

na sprawność i terminowość realizowania przedmiotu zamówienia. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie PHU BAUMARK.

Ogłaszając postępowanie nr 2 na przedmiotowe zadanie Zamawiający stwierdził iż nie jest to jednak zadanie skomplikowane o dużym zakresie robót i dokonał zapisu w SIWZ, dopuszczając łączenie wszystkich funkcji.

Mając na uwadze powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie wskazanych na wstępie przepisów Pzp.

Zamawiający w dniu 30 października 2017r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wyjaśnił, iż opisał warunki udziału w postępowaniu w sposób nie utrudniający konkurencji, ale również zapewniający prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego.

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowych wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu w celu, potwierdzenia spełniania warunków udziału w Zamawiający wymagał udokumentowania przez Wykonawcę:

1. należytego wykonania usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie usług, których przedmiotem było wykonanie minimum 1 zamówienia realizowanego przez Wykonawcę co najmniej przez 12 miesięcy, wykonane (zakończone), tj. doprowadzone przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegającego na pełnieniu nadzoru inwestorskiego na zadaniu związanym z budową i (lub) rozbudową i (lub) przebudową dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999r., Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) klasy minimum G, o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto) wraz z załączeniem dowodów czy nadzór ten został wykonany należycie.
2. dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe odpowiednie do funkcji, jakie zostaną im powierzone tj:
 - 1) Kierownik Zespołu Nadzoru - Inspektor nadzoru robót drogowych:
posiadający uprawnienia budowlane pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej do realizacji zadania

objętego niniejszym zamówieniem, posiadający minimum 5 lat doświadczenie z uprawnieniami.

wykaże pełnienie przez minimum 12 miesięcy samodzielnej funkcji technicznej (zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. Dz.U. z 2014 r. poz. 1278) na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na minimum 1 zadaniu polegającym na budowie i (lub) przebudowie i (lub) rozbudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej

z dnia 02.03.1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 2016r., poz. 124) klasy minimum G o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto), wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.

2) Inspektor nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich:

- posiadający uprawnienia budowlane pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem w specjalności inżynierskiej mostowej, posiadającym minimum 3 lata doświadczenia z uprawnieniami,
- wykaże pełnienie funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na wykonanym i rozliczonym minimum 1 zadaniu polegającym na budowie i(lub) rozbudowie i(lub) przebudowie minimum jednego drogowego obiektu inżynierskiego o długości minimum 15 m (długość zgodna z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16.02.2005r. w sprawie sposobu i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom Dz. U. z 2005., Nr 67, poz. 582), wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.

3) Inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych posiadający uprawnienia do nadzorowania i(lub) kierowania robotami pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej na robotach związanych z branżą telekomunikacyjną w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci telekomunikacyjnych.

4) Inspektor nadzoru robót elektroenergetycznych posiadający uprawnienia do nadzorowania i(lub) kierowania robotami pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej na robotach związanych z branżą elektroenergetyczną w ramach realizacji

przedmiotowego zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

- 5) Inspektor nadzoru robót sanitarnych posiadający uprawnienia do nadzorowania i(lub) kierowania robotami pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej na robotach związanych z branżą sanitarną w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.
- 6) Specjalista ds. rozliczeń winien wykazać doświadczenie na zrealizowanym i rozliczonym minimum 1 zadaniu związanym z budową i(lub) rozbudową i(lub) przebudową dróg publicznych.

Wykonawca na wezwanie zamawiającego przesłał dokumenty: wykaz osób, wykaz usług wraz z poświadczeniem/referencją, oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, odpis z CEIDG.

Zgodnie z par. 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz.1126) jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu na rzecz którego usługi były wykonywane o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Wykonawca w wykazie usług oświadczył, że realizował od 18 maja 2015r. do 25 października 2016r. dla Miasta Nowy Dwór Mazowiecki usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad zadaniem „Przebudowa ul. Warszawskiej oraz przebudowa i rozbudowa ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim” natomiast załączone referencje potwierdzające wykonanie usługi, wystawione zostały w dniu 25 listopada 2015 r., czyli zgodnie z wykazem w połowie pełnienie usługi. Zamawiający, korzystając z możliwości wynikających z par. 2 ust. 6 ww. rozporządzenia, zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim z zapytaniem dotyczącym terminu realizacji.

Z otrzymanych od Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim wyjaśnień wynika, że firma PFIU BAUMARK realizowała ww. usługę w okresie 18 maja 2015 r. do 26 listopada 2015 r., czyli przez 6 miesięcy a nie jak oświadczył Oferent w okresie od 18 maja 2015r. do 25 października 2016r. (17 miesięcy). Tym samym nie potwierdził spełniania warunku udziału

w postępowaniu polegającym na realizowaniu przez Wykonawcę co najmniej przez 12 miesięcy, wykonane (zakończone), tj. doprowadzone przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego

o zakończeniu realizacji zamówienia, polegającego na pełnieniu nadzoru inwestorskiego na zadaniu związanym z budową i (lub) rozbudową i (lub) przebudową dróg publicznych klasy minimum G, o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto).

Ponieważ Urząd Miejski w Nowym Dworze Mazowieckim nie potwierdził, oświadczeń dotyczących czasu trwania usługi, Zamawiający postanowił sprawdzić również oświadczenie Oferenta dotyczące zawartego w wykazie osób doświadczenia Kierownika Zespołu Nadzoru Inspektora nadzoru robót drogowych i Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. W tym celu wystosował do stosownych Urzędów prośbę o udzielenie informacji dotyczących usług realizowanych przez P. M. S..

W wyniku otrzymanych informacji Zamawiający ustalił, że P. M. S. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ponieważ:

- a) usługa dla Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim realizowana była w okresie od 18 maja 2015r. do 26 listopada 2015r, czyli przez 6 miesięcy a nie jak wymagał Zamawiający przez minimum 12 miesięcy.
- b) przy realizacji zadania dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu pn. „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej Podstrefa Chorzele 1 — Etap I”, P. M. S. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu a nie jak wymagał Zamawiający inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót drogowych.
- c) przy realizacji zadania dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu pn. „Rozbudowa drogi nr 3213 Przasnysz-Kobylaki-Brzeski Kołaki” P. M. S. realizował usługę kierownika budowy w branży drogowej w okresie od 07 maja 2014r. do 28 listopada 2014r., czyli przez 6 miesięcy, a nie jak wymagał Zamawiający przez minimum 12 miesięcy,
- d) usługa realizowana dla Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie jeszcze się nie zakończyła i będzie trwać do 30 października 2017r.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał w dniu 3 października 2017 r. Wykonawcę do złożenia następujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- a) wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi w funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych wraz z informacją na temat jej kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych

przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wg załącznika nr 4),

- b) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi są wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wg załącznika nr 3 do SIWZ).

Wykonawca w dniu 10 października 2017 r. przedstawił:

- 1) wykaz osób, w którym wskazał P. M. S. jako Inspektora nadzoru robót drogowych, świadczącego:
 - a) dla Miasta Nowy Dwór Mazowiecki usługę inspektora nadzoru nad zadaniem pn. „Przebudowa ul. Warszawskiej oraz przebudową i rozbudową ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim”,
 - b) dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu usługę inspektora nadzoru nad zadaniem pn. „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej — Podstrefa Chorzele 1 - Etap 1”.
- 2) wykaz usług, w którym na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia powołał się na świadczenie dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu usługi inspektora nadzoru nad zadaniem pn. „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej — Podstrefa Chorzele 1 — Etap I”, wraz z wykazem i poświadczeniem Wykonawca dołączył 3 pierwsze strony umowy, jak ustalił Zamawiający umowa posiada 16 stron.

Po pierwsze z informacji otrzymanych z Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu wynika jednoznacznie, że P. M. S. na zadaniu „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej — Podstrefa Chorzele 1 — Etap I” pełnił jedynie funkcję Inżyniera Kontraktu, nota bene na zadaniu o klasie drogi: L o parametrach dla klasy G , które trwało od 28 sierpnia 2015 r do 30 listopada 2015 r - czyli 3 miesiące.

Po drugie w piśmie wysłanym wraz z uzupełnionymi dokumentami, Wykonawca sam potwierdził, że usługa nadzoru dla Miasta Nowy Dwór Mazowiecki pełniona była przez niego okres 6 miesięcy. Jednak jak argumentował Wykonawca, uważa że spełnia warunki udziału w postępowaniu ponieważ „oczywiste, że usługa nadzoru inwestorskiego pełniona przez okres 6 miesięcy na inwestycji o wartości 25.965.787,59 zł (Przebudowa ul. Warszawskiej oraz przebudowa i rozbudowa ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim) jest usługą o bardziej skomplikowanym procesie wykonania, wymagająca większego doświadczenia

i zaangażowania środków niż żądana usługa nadzoru inwestorskiego pełniona przez okres 12 miesięcy o wartości robót 10.000.000,00 zł”.

Konkludując, Zamawiający stwierdził, iż:

- I. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu osobą w funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych który pełnił przez minimum 12 miesięcy samodzielną funkcję techniczną na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na minimum 1 zadaniu polegającym na budowie i(lub) przebudowie i(lub) rozbudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 2016 r., poz. 124) klasy minimum G o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto), wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.
- II. W przedstawionym wykazie usług Oferent oświadczył, że wykonał w okresie od 28 sierpnia 2015 r. do 22 listopada 2016 r. usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad zadaniem „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej — Podstrefa Chorzele 1 — Etap I”. Zgodnie z pismem otrzymanym od Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu wspomniana usługa realizowana była przez firmę PFIU „BAUMARK” R. S. w okresie od 28 sierpnia 2015 r. do 30 listopada 2015 r., czyli przez 3 miesiące. Zatem również ten warunek udziału w postępowaniu nie został przez Wykonawcę spełniony.

Ponieważ wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 został wykluczony z postępowania. Zgodnie z art. 89 ust.1

pkt. 5 oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostaje odrzucona.

Firma P.H.U. BAUMARK wniósł odwołanie.

Jak dowodzi w nim BAUMARK został on wykluczony z postępowania z bliżej nieznanymi powodami. Zamawiający szczegółowo opisał zarówno w piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów, jaki i w piśmie informującym o wykluczeniu Wykonawcy, powody dla których Oferent nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. P. R. S. doskonale wiedział, że powołując się na te same usługi nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu, sam zresztą przyznał, że w przypadku nadzoru na zadaniu „Przebudowa ul.

Warszawskiej oraz przebudowa i rozbudowa ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim” usługę realizował 6 miesięcy.

W ocenie Zamawiającego zarówno przedmiot zamówienia jak i warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Ustawa dopuszcza zadawania pytań czy wnioskowanie o zmianę zapisów SIWZ, jeżeli dla Wykonawcy zapisy SIWZ nie były czytelne należało skorzystać z uprawnień wynikających z art. 38 ust. 1.

Do dnia upływu terminu otwarcia ofert nie wpłynęło żadne zapytanie czy wniosek o zmianę zapisów SIWZ, po tym czasie zapisy SIWZ nie mogą ulec zmianie. Zamawiający nie może w sposób dowolny interpretować postawionych warunków, nie może ich naginać ani dostosowywać do woli Wykonawcy. Tym samym twierdzenie P. R. S., że usługa nadzoru inwestorskiego pełniona przez okres 6 miesięcy na inwestycji o wartości 25.965.787,59 zł (Przebudowa ul. Warszawskiej oraz przebudowa i rozbudowa ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim) jest usługą o bardziej skomplikowanym procesie wykonania, wymagająca większego doświadczenia i zaangażowania środków niż żądana usługa nadzoru inwestorskiego pełniona przez okres 12 miesięcy o wartości robót 10.000.000,00 zł, nie może być interpretowane jako dowód spełniania warunku udziału.

Dlatego też Zamawiający nie mógł uznać za spełnienia warunków w przypadku usług wykazywanych przez Odwołującego, które:

- a) dla Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim realizowana była w okresie od 18.05.2015 r. do 26.11.2015 r., czyli przez 6 miesięcy a nie jak wymagał Zamawiający przez minimum 12 miesięcy,
- b) przy realizacji zadania dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu pn. „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej Podstrefa Chorzele 1 — Etap I”, P. M. S. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu a nie jak wymagał Zamawiający inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót drogowych i trwały 3 miesiące,
- c) przy realizacji zadania dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu pn. „Rozbudowa drogi nr 3213 Przasnysz-Kobylaki-Brzeski Kołaki” P. M. S. realizował usługę kierownika budowy w branży drogowej w okresie od 07.05.2014 r. do 28.11.2014 r., czyli przez 6 miesięcy, a nie jak wymagał Zamawiający przez minimum 12 miesięcy,
- d) dla Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie jeszcze się nie zakończyła i będzie trwać do 30.10.2017 r.

Jeżeli zamawiający przy tak opisanym warunku udziału w postępowaniu uznał by usługi wykazywane jako doświadczenie firmy oraz doświadczenie inspektora nadzoru robót drogowych przez P.H.U. BAUMARK wówczas zmienił by warunki udziału w postępowaniu w sposób nieuprawniony, a tym samym wybór oferty i zawarta w późniejszym okresie umowa były by nieważne.

Zmiana SIWZ dopuszczająca sprawowanie funkcji nadzoru inwestorskiego pełniona przez okres 6 miesięcy mogła by spowodować, iż większy krąg Wykonawców ubiegało by się o udzielenie zamówienia a co za tym idzie niekoniecznie zamówienie zostało by udzielone firmie BAUMARK.

W ocenie Zamawiające zarzuty stawiane w odwołaniu Wykonawcy są bezzasadne. Odwołujący, o ile nie zgadzał się z tak sformułowanym warunkiem udziału w postępowaniu, mógł jego treść zakwestionować poprzez wniesienie odwołania na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W kwestii zarzutu zatrzymania wadium pomimo złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 03.10.2017 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów. Wykonawca w dniu 09.10.2017r. przesłał uzupełnił dokumenty, w których powołał się na usługi zakwestionowane przez Zamawiającego, czyli celowo uzupełnił dokumenty, które nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22.06.2017 r. III CZP 247/17 Zamawiający zatrzymał wadium.

W oparciu o powyższe stanowisko Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz. U. z 2017 roku, poz. 2164) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 października 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 11 października 2017 roku polegającej na wykluczeniu Wykonawcy PHU BAUMARK z postępowania, odrzuceniu jego oferty oraz zatrzymania wadium. Zawiadomienia zakresie ww. czynności w postępowaniu zostały przesłane Odwołującemu 11 października drogą elektroniczną.

Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Odwołujący potwierdził również, iż znana jest mu treść odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba ustaliła

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Pełnienie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją przebudowy drogi wojewódzkiej nr 653 na terenie Miasta Suwałki - III etap. Część 2 Budowa odcinka od ul. Sejneńskiej do ul. Utrata z mostem i tunelem pod torami" zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 580105-

N-2017 z dnia 2017-08-30. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Do treści SIWZ nie zostały złożone żadne wnioski dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ.

W terminie do składania ofert, tj. do dnia 8 września 2017r. do godz. 10:00 do Zamawiającego wpłynęła jako jedyna, oferta złożona przez Odwołującego.

W treści SIWZ (rozdział 10 ust. 1 pkt 3) Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wymagał:

„W celu, potwierdzenia minimalnych zdolności technicznych i zawodowych Wykonawcy winni udokumentować:

- a) *należyte wykonania usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie usług, których przedmiotem było wykonanie minimum 1 zamówienia realizowanego przez Wykonawcę co najmniej przez 12 miesięcy, wykonane (zakończone), tj. doprowadzone przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegającego na pełnieniu nadzoru inwestorskiego na zadaniu związanym z budową (lub) rozbudową (lub) przebudową dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra*

Transportu

i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999r., Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) klasy minimum G, o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto) wraz z załączeniem dowodów czy nadzór ten został wykonany należycie.

- b) *dysponowanie osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe odpowiednie do funkcji, jakie zostaną im powierzone tj:*

Kierownik Zespołu Nadzoru - Inspektor nadzoru robót drogowych:

- 1) *posiadający uprawnienia budowlane pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem, posiadający minimum 5 lat doświadczenie z uprawnieniami.*
- 2) *wykaże pełnienie przez minimum 12 miesięcy samodzielnej funkcji technicznej (zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. Dz.U. z 2014 r. poz. 1278) na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na minimum 1 zadaniu polegającym na budowie i(lub) przebudowie i(lub) rozbudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 2016r., poz. 124) klasy minimum G o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto), wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.*

Inspektor nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich:

- 1) *posiadający uprawnienia budowlane pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem w specjalności inżynierskiej mostowej, posiadającym minimum 3 lata doświadczenia z uprawnieniami,*
- 2) *wykaże pełnienie funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na wykonanym i rozliczonym minimum 1 zadaniu polegającym na budowie i(lub) rozbudowie i(lub) przebudowie minimum jednego drogowego obiektu inżynierskiego o długości minimum 15 m (długość zgodna z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16.02.2005r. w sprawie sposobu i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom Dz. U. z 2005., Nr 67,*

poz. 582), wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.

Inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych

posiadający uprawnienia do nadzorowania i(lub) kierowania robotami pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej na robotach związanych z branżą telekomunikacyjną w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci telekomunikacyjnych.

Inspektor nadzoru robót elektroenergetycznych:

posiadający uprawnienia do nadzorowania i(lub) kierowania robotami pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej na robotach związanych z branżą elektroenergetyczną w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Inspektor nadzoru robót sanitarnych:

posiadający uprawnienia do nadzorowania i(lub) kierowania robotami pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej na robotach związanych z branżą sanitarną w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Specjalista ds. rozliczeń winien:

wykazać doświadczenie na zrealizowanym i rozliczonym minimum 1 zadaniu związanym z budową i(lub) rozbudową i(lub) przebudową dróg publicznych.

Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji.

W przypadku Inspektorów nadzoru zamawiający dopuszcza posiadanie innych tożsamyh uprawnień, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, albo też posiadają zdobyte w innych państwach równoważne kwalifikacje zawodowe, które zostały uznane na zasadach określonych w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych

w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65).

2. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana w oparciu o dokumenty, oświadczenia i informacje. Z treści załączonych dokumentów musi

jednoznacznie wynikać, że stawiane warunki Wykonawca spełnił. Niespełnienie warunków określonych w ust. 1 skutkować będzie wykluczeniem z postępowania. Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W Treści SIWZ (rozdział 17) Zamawiający dopuścił możliwość komunikacji między Zamawiającym o Wykonawcami m.in. w przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, e-mail: zp@um.suwalki.pl.

Dnia 8 września 2017r. Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w rozdziale 10 ust. 1. oraz do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. brak podstaw do wykluczenia. Dokumenty winny zostać dostarczone do Zamawiającego do 14 września 2017r. Wezwanie zostało skierowane do Odwołującego za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Odwołujący złożył dokumenty, które w ocenie Odwołującego potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia.

Zamawiający, analizując dokumenty złożone przez Odwołującego, skorzystał z przysługującego mu prawa wynikającego z par. 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz.1126), zgodnie z którym: jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu na rzecz którego usługi były wykonywane o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, iż wątpliwości które pojawiły się w ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczyły rozbieżności w datach podanych w oświadczeniu złożonym przez Odwołującego, tj. w wykazie wykonanych usług, w którym jako daty rozpoczęcia i zakończenia wymienionej usługi zostały odpowiednio wskazane daty 18 maja 2015r. i 25 październik 2016r., a poświadczeniem/referencjami z dnia 25 listopada 2015r. potwierdzającymi należyte wykonanie przedmiotowej usługi.

Zamawiający wystąpił do wszystkich wskazanych w ofercie instytucji, dla których realizowane były wskazane w ofercie usługi tj. do:

- a) Urzędu Miejskiego w Nowym Dworze Mazowieckim w dniu 14 września 2017r.

- b) Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu w dniu 25 września 2017r.
- c) Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie w dniu 25 września 2017r.
- d) Powiatu Legionowskiego w Legionowie w dniu 28 Września 2017r.
- e) Świętokrzyskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Kielcach w dniu 28 września 2017r.
- f) Powiatu Zambrowskiego w Zambrowie w dniu 28 września 2017r.
- g) Miasta Ruda Śląska w Rudzie Śląskiej w dniu 28 września 2017r.

Odpowiedzi otrzymane od ww. podmiotów wskazywały, iż przedłożone oświadczenie nie zawierały rzetelnych informacji dotyczących posiadanego doświadczenia, co w konsekwencji przełożyło się na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału wymaganych przez Zamawiającego.

Zamawiający, dnia 3 października 2017r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zakreślając termin na dostarczenie dokumentów do dnia 10 października 2017r.

Dnia 10 października 2017r. Odwołujący złożył do Zamawiającego dokumenty, których treść nadal nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dnia 11 października 2017r Zamawiający przesłał do Odwołującego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zawiadomienie, zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, z treści którego wynika iż Odwołujący został wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż podstawą wykluczenia Odwołującego był brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegających na:

1. udokumentowaniu przez Wykonawcę należytego wykonania usług (w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie), których przedmiotem było wykonanie minimum 1 zamówienia realizowanego przez Wykonawcę co najmniej przez 12 miesięcy, wykonanego (zakończonego), tj. doprowadzonego przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegającego na pełnieniu nadzoru inwestorskiego na zadaniu związanym z budową (lub) rozbudową i(lub) przebudową dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03,1999 r, w sprawie warunków technicznych, jakim

powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999r., Nr 43, poz. 430 z późn. nm.) klasy minimum G, o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto) wraz z załączeniem dowodów czy nadzór ten został wykonany należycie, oraz

2. dysponowaniu osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe odpowiednie do funkcji, jakie zostaną jej powierzone -

Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych:

- 1) posiadającego uprawnienia budowlane pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem, posiadający minimum 5 lat doświadczenie z uprawnieniami, oraz
- 2) który wykaże pełnienie przez minimum 12 miesięcy samodzielnej funkcji technicznej (zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. Dz.U. z 2014 r. poz. 1278) na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na minimum 1 zadaniu polegającym na budowie (lub) przebudowie i (lub) rozbudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 2016r., poz. 124) klasy minimum G o wartości robót minimum 10 000 000 PLN (brutto), wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, iż odwołujący na potwierdzenie pierwszego z powyższych warunków wykazał wykonanie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem "Przebudowa ul. Warszawskiej oraz przebudową i rozbudową ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim"- usługa realizowana była w okresie od 18 maja 2015r. do 26 listopada 2015 r., czyli przez 6 miesięcy, oraz usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad zadaniem „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej Podstrefa Chorzele 1 Etap, realizowaną w okresie od 28 sierpnia 2015 r. do 30 listopada 2015 r., czyli przez 3 miesiąca.

Żadna z powyższych usług nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w wymaganym zakresie.

Na potwierdzenie drugiego z powyższych warunków dotyczącego posiadanie doświadczenia dla inspektora nadzoru robót drogowych, Odwołujący wskazał poniższe usługi:

- 1) pełnienie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem "Przebudowa ul. Warszawskiej oraz przebudową i rozbudową ul. Modlińskiej w Nowym Dworze Mazowieckim". Zrealizowanego w okresie od 18 maja 2015 r. do 26 listopada 2015 r., czyli przez 6 miesięcy,
- 2) usługę Kierownika kontraktu dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu nad zadaniem pn. „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej — Podstrefa Chorzele I — Etap I”,
- 3) usługę kierownika budowy nad zadaniem pn. „Rozbudowa drogi nr 3213 Przasnysz-Kobyłaki-Brzeski Kołaki”, dla Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu w okresie od 07.05.2014 r. do 28.11.2014 r., czyli przez 6 miesięcy,
- 4) dla Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie usługę inspektora nadzoru nad zadaniem pn. „Rozbudowa DW 637 Warszawa-Węgrów”
w Warszawie, która w dacie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jeszcze się nie zakończyła (zakończenie - 30 października 2017r).

Żadna z powyższych usług nie potwierdziła spełnienia warunku udziału wymaganego dla Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych.

Zamawiający, dnia 11 października 2017 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. zgodnie z którym: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 ustawy Pzp” unieważnił postępowanie oraz na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp zgodnie z którym: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej” zatrzymał wadium – o czym powiadomił Odwołującego.

Odwołujący wniósł 16 października 2017 do Prezesa Krajowej Izby odwołanie, w którym wskazał podstawy prawne zarzucanych naruszeń, bez wskazania uzasadnienia faktycznego zarzucanych Zamawiającemu naruszeń.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał że został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona z bliżej nieznanymi mu powodów. Podczas rozprawy potwierdził, iż nie wie dlaczego został wykluczony z postępowania, chociaż przyznał, że otrzymał od Zamawiającego zawiadomienia z 11 października 2017r o wykluczeniu go z postępowania, odrzuceniu oferty, unieważnieniu postępowania oraz o zatrzymaniu wadium. Oba zawiadomienia zawierały uzasadnienia prawne oraz rozwinięte uzasadnienia faktyczne. W zakresie zatrzymania wadium, Odwołujący nie wypowiadał się.

Izba stwierdziła, że wyspecyfikowane przez Odwołującego na wstępie odwołania naruszenie przepisów ustawy art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 46 ust. 1 pkt 4a nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba w pełni podziela stanowisko zawarte w wyroku KIO 1187/17 z dnia 26 czerwca 2017 roku, zgodnie z którym „Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r.w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej

oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Warto zaznaczyć, że z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez Odwołującego – co po myśli art. 192 ust. 3 pkt 2) i 3) ustawy, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były

zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami

i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący”.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania która powinna zawierać uzasadnienie faktyczne oraz argumentację Odwołującego brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 46 ust. 1 pkt 4a ustawy.

Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie wymienionych wyżej przepisów ustawy, jakich czynności z którymi się nie zgadza dokonał Zamawiający jak również nie wskazał Odwołujący jakich ewentualnie czynności zaniechał Zamawiający.

Wskazać należy, iż odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. W rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

Wskazanie jedynie podstawy prawnej bez podania faktycznej argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący wyprowadza dla siebie korzystne wnioski. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym. Ten wniosek wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

W rozpoznawanej sprawie nie wiadomym jest z czym nie zgadza się Odwołujący poza tym, że wskazuje na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 46 ust. 1 pkt 4a . Brak określenia zarzutów w odwołaniu czyli poza podstawą prawną brak wskazania stanu faktycznego oraz brak wskazania uzasadnienia faktycznego konkretnych czynności, zaniechań Zamawiającego leżącego u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej, stanowił podstawę nieuwzględnienia wskazanego przez Odwołującego naruszenia podstawy prawnej (przepisu).

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 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 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....