

Sygn. akt: KIO 35/13
akt: KIO 62/13

WYROK
z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Justyna Tomkowska
Członkowie:	Agnieszka Bartczak-Żuraw Paweł Trojan
Protokolant:	Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę – Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie,**
- B. w dniu 11 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę – DDG Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Białej Podlaskiej,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku,**

przy udziale:

- A. **wykonawcy – Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 35/13 po stronie zamawiającego.
- B. **wykonawcy – Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 62/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 35/13
 2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 62/13 i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia wykonawcy Odwołującego się oraz odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się
- 3.1. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę – Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** i:
- 3.1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.1.2 zasądza od **wykonawcy – Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** na rzecz **zamawiającego – Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3.2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku** i:
- 3.2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę – DDG Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Białej Podlaskiej** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2.2 zasądza od **zamawiającego – Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**, na rzecz **wykonawcy – DDG Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Białej Podlaskiej** kwotę **23 765 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 35/13

KIO 62/13

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 35/13

W dniu 7 stycznia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) - dalej jako „ustawa Pzp” odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się MOST Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 645 na odcinku granica województwa - Nowogród i drogi wojewódzkiej Nr 648”* z podziałem na 7 zadań prowadzi Zamawiający: Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A.. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (gm. Kobierzyce) (dalej jako: „Eurovia”), wskazując że dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający naruszył następujące przepisy:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Eurovia do uzupełnienia brakujących dokumentów, pomimo, iż wykonawca ten nie załączył do oferty dokumentów, które - zgodnie z pkt VI.4 SIWZ w z w. z § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2009.226.1817, zwanego dalej „Rozporządzeniem o dokumentach”), zobowiązany był przedłożyć, tj. dokumentów podmiotowych (określonych w pkt VI.2.1-6 SIWZ) dotyczących podmiotów trzecich udostępniających potencjał techniczny i kadrowy na rzecz Eurovia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp;
- ewentualnie, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie, czy podmioty trzecie udostępniające wykonawcy Eurovia potencjał techniczny i kadrowy na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji, gdy wykonawca, pomimo zapisu zawartego w pkt VI.4 SIWZ nie przedłożył dokumentów podmiotowych (określonych w pkt VI.2.1-6 SIWZ) dotyczących podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy swój potencjał na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zaś zakres potencjału udostępnionego przez podmioty trzecie oraz zakres podwykonawstwa jakie zostanie powierzone przez Eurovia podmiotom trzecim (pkt 7 oferty Eurovia) wskazuje na okoliczność, iż podmioty udostępniające potencjał na rzecz Eurovia będą jednocześnie brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórnego badania ofert, w tym nakazanie Zamawiającemu wezwania Eurovia do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich udostępniających potencjał na rzecz Eurovia na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ewentualnie wezwania do wyjaśnienia, czy podmioty te będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, a w następstwie wyjaśnień - do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący w takiej sytuacji może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Zaniechanie czynności, do podjęcia której Zamawiający jest zobowiązany, skutkuje okolicznością, iż Zamawiający w sposób nienależyty dokonał badania ofert, w szczególności nie dokonał badania, czy wykonawca Eurovia wykazał spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, poprzez zaniechanie zbadania „sytuacji podmiotowej” podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał temu wykonawcy. Zaniechanie to zatem może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, a w następstwie czego jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Na skutek zaniechania Zamawiającego Odwołujący zostanie zatem pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia jako wykonawca niepodlegający wykluczeniu, a którego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ czytelne zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w dniu 31 grudnia 2012 r. faksem (Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze faksem w dniu 28 grudnia 2012 roku, co jednak nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego, ze względu na zachowanie terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej od daty przesłania pierwszej z informacji). Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że Zamawiający działając w oparciu o § 1 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach, zawarł w SIWZ dla Części I Zadanie 1B w pkt VI.4 wymóg, aby:

„Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, przedkłada także dokumenty

dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla Wykonawcy, tj. dotyczące ust. 2 pkt. 1 - 6."

Tym samym, zgodnie z SIWZ, wykonawca, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym zamówieniu, powoływał się na potencjał podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji zamówienia, obowiązany był przedłożyć wraz z ofertą „dokumenty podmiotowe” dotyczące tych podmiotów, tj. m.in. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, aktualne odpisy z KRS, aktualne zaświadczenia z ZUS, US, aktualne informacje z KRK.

Z analizy treści oferty Eurovia wynika, iż wykonawca ten powołuje się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w następującym zakresie:

- potencjał techniczny: wytwórnia mas bitumicznych, wytwórnia betonu, laboratorium drogowo-mostowe (Oświadczenie na formularzu „Potencjał techniczny” - str. 31 i 32 oferty)
- potencjał kadrowy: kierownik robót telekomunikacyjnych (p. Robert L.) oraz kierownik robót energetycznych (p. Robert Ż.) (Oświadczenie na formularzu „Wykaz osób” - str. 36 i 37 oferty).

Odpowiednio na stronach 33, 34, 35 oraz 38 oferty znajdują się oświadczenia następujących podmiotów trzecich do udostępnienia na rzecz Eurovia potencjału w ww. zakresie:

(1) wytwórnia mas bitumicznych udostępniana przez Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe UNIDROG Sp. z o.o., (2) wytwórnia betonu udostępniana przez PPMB BOSTA BETON Sp. z o.o., (3) laboratorium drogowo-mostowe udostępniane przez Laboratorium Budowlane TBB M..... L....., (4) kierownicy robót, tj. p. R..... L..... oraz p. R..... Ż..... - udostępnieni przez RST sp.j. M. Z....., W. N....., A. W.....

Z kolei w pkt 7.2 Oferty (str. 1-2 oferty) wykonawca wskazał, iż zamierza zlecić podwykonawcom roboty objęte zamówieniem w zakresie: oświetlenia, przebudowy kabli telefonicznych, kanalizacji deszczowej, obsługi laboratoryjnej, wykonania nawierzchni, oznakowania poziomego, masy bitumicznej, rozbiórki, ścianki szczelnej, tymczasowej organizacji ruchu, obsługi geodezyjnej.

Eurovia nie przedłożyła wraz z ofertą żadnych dokumentów podmiotowych, o których mowa w pkt VI.2.1-6 SIWZ. Zgodnie z pisemną informacją od Zamawiającego, Zamawiający nie wzywał również tego wykonawcy o uzupełnienie brakujących dokumentów, ani też o wyjaśnienia w tym zakresie

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, a w szczególności zakres zasobów podmiotów trzecich na jakie powołuje się Eurovia w kontekście wskazanego przez Eurovia zakresu robót, jakie wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcom przy realizacji zamówienia, stwierdzić należy, iż podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby na rzecz Eurovia będą brały udział w realizacji zamówienia.

Zwrócić bowiem uwagę należy, iż Eurovia w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.3.1, wskazała, iż będzie dysponowała wytwórnią mas bitumicznych udostępnioną przez Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe UNIDROG Sp. z o.o. Natomiast, z treści oferty wnika, iż roboty w zakresie „masa bitumiczna” zostaną powierzone podwykonawcy. W rezultacie, z uwagi na zbieżność pomiędzy udostępnianym potencjałem technicznym a zakresem robót zleczanych podwykonawcy, należy przyjąć, iż Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe UNIDROG Sp. z o.o. będzie brało udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Eurovia w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.3.2, wskazała, iż będzie dysponowała wytwórnią betonu udostępnioną przez PPMB BOSTA BETON Sp. z o.o. Dysponowanie wytwórnią betonów konieczne jest dla wykonania fundamentów, konstrukcji żelbetowych przyczółków i płyty obiektu, które są objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. A zatem przyjąć należy, iż PPMB BOSTA BETON Sp. z o.o. udostępniająca wytwórnię betonu będzie dostawcą betonu na rzecz Eurovia, a zatem będzie brała również udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Eurovia w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.3.3, wskazała, iż będzie miała dostęp do laboratorium drogowo- mostowego udostępnianego przez Laboratorium Budowlane TBB M..... L..... Natomiast, z treści oferty wnika, iż roboty w zakresie „obsługa laboratoryjna” zostaną powierzone podwykonawcy. W rezultacie, z uwagi na zbieżność pomiędzy udostępnianym potencjałem technicznym a zakresem robót zleczanych podwykonawcy, należy przyjąć, iż Laboratorium Budowlane TBB M..... L..... będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo zwrócić należy uwagę na zapis zawarty w pkt II.13.7 SIWZ, zgodnie z którym „Zmiana laboratorium wykonawcy robót na inne niż wskazane w ofercie wymaga zgłoszenia Kierownikowi Zespołu Nadzorującego i osobie odpowiedzialnej za Projekt ze strony Zamawiającego i uzyskania ich akceptacji” - co, wobec faktu, iż laboratorium udostępnione przez Laboratorium Budowlane TBB M..... L..... jest jedynym laboratorium wskazanym w ofercie, potwierdza, iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Eurovia w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.3 i V.4.4, wskazała, iż będzie dysponowała osobami, tj. p. R..... L..... oraz p. R..... Ż..... - udostępnionymi przez RST sp.j. M. Z..... W. N....., A. W..... Natomiast, z treści oferty wnika, iż roboty w zakresie „przebudowa kabli teletechnicznych” zostaną powierzone podwykonawcy. W rezultacie, z uwagi na zbieżność pomiędzy udostępnianym potencjałem kadrowym a zakresem robót zleczanych podwykonawcy, należy przyjąć, iż RST sp.j. M. Z....., W. N.....i,

A. W..... będzie brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podsumowując, mając na uwadze wykazaną powyżej zbieżność pomiędzy udostępnianym potencjałem a zakresem robót jakie, zgodnie z ofertą Eurovia, zostaną powierzone podwykonawcom, jedynym logicznym wnioskiem jest stwierdzenie, iż podmioty trzecie, na których zasoby powołuje się Eurovia w celu wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, będą brały udział w realizacji zamówienia.

W konsekwencji zatem, mając na uwadze wymóg zawarty w pkt VI.4 SIWZ, Eurovia wraz z ofertą zobowiązana była przedłożyć dokumenty, o których mowa w pkt VI.2.1-6 SIWZ, w odniesieniu dla następujących podmiotów: Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe UNIDROG Sp. z o.o.; PPMB BOSTA BETON Sp. z o.o.; Laboratorium Budowlane TBB M..... L.....; RST sp.j. M. Z....., W. N....., A. W.....

Wobec faktu, iż wykonawca ten nie przedłożył wymaganych dokumentów w odniesieniu do żadnego z tych podmiotów, Zamawiający zobowiązany był - w celu należytego badania spełnia warunków udziału w postępowaniu przez Eurovia - wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Ewentualnie, w przypadku, gdyby uznać, iż - z uwagi na brak wyraźnego wskazania w treści oferty oraz treści dokumentów złożonych wraz z ofertą informacji co do udziału w realizacji zamówienia przez Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe UNIDROG Sp. z o.o., PPMB BOSTA BETON Sp. z o.o., Laboratorium Budowlane TBB M..... L....., RST sp.j. M. Z....., W. N....., A. W..... - zachodzą w tym zakresie wątpliwości, Zamawiający zobowiązany był poprzedzić wezwaniem do uzupełnienia brakujących dokumentów, wezwaniem do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów i wskazania czy podmioty trzecie udostępniające potencjał na rzecz Eurovia będą brały udział w realizacji zamówienia.

Podkreślono, iż w szczególności z uwagi na zakres udostępnionego potencjału technicznego (laboratorium drogowo-mostowe, wytwórnia betonu, wytwórnia masy bitumicznej) oraz zakres powierzanego podwykonawstwa, jedynym logicznym wnioskiem jest przyjęcie w sposób jednoznaczny, iż wskazane powyżej podmioty trzecie będą brały udział w realizacji zamówienia. W przedmiotowej sytuacji nie zachodzą żadne wątpliwości co do udziału tych podmiotów w realizacji przedmiotowego zamówienia, a zatem zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów jest zasadny.

Dlatego uznano, że wniesienie odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

W dniu 11 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Eurovia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 62/13

W dniu 11 stycznia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się **DDG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Białej Podlaskiej.**

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez DDG Sp. z o.o. Sp. k.;
- 2) wykluczeniu z postępowania wykonawcy Odwołującego się i odrzuceniu jego oferty,
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grontmij Polska Sp. z o.o.;
- 4) nie dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Czynnościom Zamawiającego zarzucono niezgodność z przepisami ustawy:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż złożone przez Odwołującego informacje wykazujące doświadczenie Pana S..... B....., są nieprawdziwe, a tym samym, iż zachodzi podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania;
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo faktu, iż nie zachodziła przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a tym samym unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grontmij Polska Sp. z o.o.;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
4. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Nadto wnoszono o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania poniesiono, że pismem z dnia 3 stycznia 2013 roku, otrzymanym faxem również w dniu 3 stycznia 2013 roku, Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu go z postępowania, powołując się na treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji podał, że Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w SIWZ, w zakresie doświadczenia Kierownika zespołu nadzorującego — Inspektora nadzoru robót drogowych, wykazał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia Pana S..... B..... Mając na uwadze powyższe, oferta Odwołującego została odrzucona, a jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Grontmij Polska Sp. z o.o.

Z decyzją Zamawiającego Odwołujący nie może się zgodzić. Zamawiający w punkcie V.4.1 SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu, wskazał, iż w zakresie warunku polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w odniesieniu do Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych, wymagane jest wykazanie:

- 1) posiadania uprawnień budowlanych pozwalających na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem, min. 5 lat doświadczenia z uprawnieniami;
- 2) pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót - na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 20.000.000 PLN (brutto).

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący wykazał uprawnienia budowlane oraz doświadczenie Pana S..... B..... W Załączniku 4a do Oferty „Doświadczenie osób” Odwołujący wskazał, iż Pan B. pełnił funkcję inspektora nadzoru na zadaniu „Budowa drogi krajowej nr 66 Zambrów - Bielsk Podlaski - Granica Państwa na odcinku przejścia przez Brańsk od km 50+500 do km 54+250 wraz z przebudową przepustów z rur stalowych karbowanych pod drogą w km 50+928 i km 52+410 oraz budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej”. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający jest w posiadaniu referencji udzielonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 4 maja 2011 roku, które dodatkowo potwierdzają wskazane przez odwołującego doświadczenie Sł..... B..... oraz wartość robót, a tym samym prawdziwość przedstawionych przez Odwołującego informacji. Referencje te zostały przedstawione Zamawiającemu przy piśmie z dnia 29 lutego 2012 roku w trakcie realizacji umowy łączącej strony, dotyczącej „Przebudowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej numer 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi na odcinku Krypno - Tykocin. Z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów, wprost wynika, iż Pan S..... B..... pełnił funkcję Inspektora Nadzoru, a roboty w tym zakresie zostały już wykonane i rozliczone.

Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, także z otrzymanych na żądanie Zamawiającego informacji od Podlaskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Białymstoku, jak również od Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, wynika, iż Pan S..... B..... pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Budowlanego na wskazanym przez Odwołującego w ofercie zadaniu.

Powoływana przez Zamawiającego okoliczność, iż funkcja ta była pełniona przez 18 dni, nie może być podstawą do uznania, iż Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje. Wykazane przez Odwołującego doświadczenie Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych, w pełni odpowiada wymogom stawianym przez

Zamawiającego w SIWZ. Twierdzenia Zamawiającego będące podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania stanowią nieuprawnioną rozszerzającą wykładnię treści SIWZ. Zamawiającego powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w SIWZ. Inne zachowanie Zamawiającego, opierającego ocenę o domniemane wymagania prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane. Warunek udziału w postępowaniu jako element postępowania, od którego zależy udział wykonawców w postępowaniu, powinien być formułowany w sposób tak jednoznaczny, aby jego interpretacja nie mogła zmierzać do nakładania na wykonawcę większych obowiązków niż wynikające z literalnego brzmienia postanowień dotyczących warunku (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2011-07-20, KIO 1457/11).

Odwołujący spełnił stawiane przez Zamawiającego wymogi w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zadania, w taki sposób jaki został określony w SIWZ. Natomiast wskazywanie przez Zamawiającego, iż interpretacja zapisów SIWZ jest znacznie szersza i w oparciu o to, uznanie, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty są nieprawdziwe, nie może być uznane za prawidłowe, w świetle obowiązku Zamawiającego do sporządzania SIWZ w sposób skonkretyzowany, niebudzący wątpliwości. Gdyby Zamawiający chciał aby osoba pełniąca funkcję Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych posiadała doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót przez pewien określony czas, to stosowany zapis powinien znaleźć się w treści SIWZ, tak jak to miało miejsce w innym przetargu organizowanym przez Zamawiającego na usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego [np. na zadaniu „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 653 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Smolany Dąb Sejny z obejściem miejscowości Krasnopol”, gdzie w treści SIWZ w zakresie wymogów wskazano, iż Kierownik zespołu nadzorującego - Inspektor nadzoru robót drogowych winien „wykazać pełnienie funkcji inspektora nadzoru / kierownika budowy / kierownika robót (od dnia rozpoczęcia do dnia zakończenia zadania) na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/ rozbudowie/ przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości robót min. 20 000 000 PLN (brutto).”] W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający takiego

zapisu nie zawarł, zatem nie może wymagać spełnienia takich warunków od Odwołującego, a tym bardziej nie może twierdzić, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty są nieprawdziwe.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie w ocenie wykonawcy zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał nadto, że legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta złożona przez Odwołującego, jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami w dniu 10 stycznia 2013 roku Zamawiającemu.

W dniu 14 stycznia 2013 roku (na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2013 roku) do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wnoszą o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że uwzględnienie odwołania może spowodować uszczerbek interesu Przystępującego, przez utratę możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

W dniu 21 stycznia 2013 roku Zamawiający złożył w obu sprawach odpowiedź na odwołanie, gdzie wnosił o oddalenie obu odwołań jako niezasługujących na uwzględnienie przedstawiając obszerną argumentację w zakresie przedstawionych zarzutów.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu w poszczególnych zadaniach będących przedmiotem wniesionych odwołań, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawcy wnoszący odwołania posiadali interes w ich złożeniu, gdyż potwierdzenie się zarzutów oznaczałoby dla nich możliwość uzyskania zamówienia i dalszego udziału w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołań, wynikająca z treści art. 179 ust. 1

ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt KIO 35/13 dotyczy części I Zadanie 1B - Roboty budowlane określone w dokumentacji projektowej na „Przebudowę i rozbudowę mostu przez rzekę Narew w Nowogrodzie w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 645 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną”, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 62/13 dotyczy zadania 2A - Pełnienie nadzoru inwestorskiego związanego z: Budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 645 i Nr 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku granica województwa - m. Nowogród”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8.09.2012 r. pod Nr 2012/S 173-285896, zadanie podzielone jest na siedem części.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu w obu częściach będących przedmiotem postępowania odwoławczego Zamawiający w SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące wykazania się niezbędnym doświadczeniem i potencjałem oraz dokumenty, na podstawie których odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Sygn. akt KIO 35/13

W zakresie zadania 1B postanowiono, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Wymagane było wykazanie:

- 1) wytwórni mas bitumicznych o wydajności min. 100 ton/godz. (należało podać

- lokalizację, informacje o sposobie dysponowania);
- 2) wytwórni betonu produkującej beton klasy C 25/30 ÷ na kruszywie skalnym łamanym (należało podać lokalizację, informację o sposobie dysponowania);
 - 3) informacji o dostępie do laboratorium drogowo-mostowego.

Zaznaczono, iż wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, musi przedłożyć dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy. Wykonawca Eurovia w ofercie w formularzu ofertowym wskazał zakres robót, które zamierza powierzyć podwykonawcom określony w sposób prawidłowy przez Odwołującego w odwołaniu, a w zakresie spełniania warunków podmiotowych powołał się na potencjał podmiotów trzecich wskazanych w odwołaniu, składając zobowiązania tych podmiotów, nie składając żadnych dokumentów dotyczących tych podmiotów. Wykonawca nie był przez Zamawiającego wzywany do uzupełnienia tych dokumentów, czy też złożenia w powyższym zakresie wyjaśnień.

W tak ustalonym stanie faktycznym uznać należało, iż odwołanie o sygn. akt KIO 35/13 nie zasługiwało na uwzględnienie.

Kwestia sporna między stronami sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w przedmiotowym postępowaniu, w związku z tym, iż wybrany wykonawca powołał się na potencjał podmiotów trzecich, zmaterializował się obowiązek złożenia dokumentów dla tych podmiotów, jako biorących udział w realizacji części zamówienia. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2009 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. 1817 ze zmianami, dalej „rozporządzenie o dokumentach”) jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia.

W przedmiotowym postępowaniu ze względu na sposób opisu warunków udziału w postępowaniu ukształtowany zapisami SIWZ w zaistniałej sytuacji należało udzielić odpowiedzi negatywnej na tak sformułowane pytanie.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający nie oczekiwał złożenia dokumentów dla podmiotów udostępniających w każdej sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, ale wyłącznie w sytuacji, gdy korzystanie to wiąże się z uczestnictwem w realizacji zamówienia.

Z zakresu wymienionego w pkt 7.2 formularza oferty złożonej przez Przystępującego

Eurovia dotyczącego zakresu robót przeznaczonego do wykonania dla podwykonawców oraz powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym i kadrowym, nie można jednoznacznie przesądzić, iż w postępowaniu między tymi informacjami zachodzi taka zbieżność, że wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą dokumentów podmiotowych podmiotów udostępniających potencjał lub też powinien być wezwany przez Zamawiającego do ich uzupełnienia. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazuje, że zasoby winny być wykorzystywane przy realizacji zamówienia, w żaden jednak sposób nie przesądza sposobu ich wykorzystania. W prowadzonym postępowaniu, z uwagi na postanowienia SIWZ, nieistotny dla oceny prawidłowości powołania się przez Przystępującego Eurovia na zasoby innego podmioty jest przywoływany przez Odwołującego zakres prac, który Przystępujący ma zamiar powierzyć podwykonawcom, zwłaszcza biorąc pod uwagę zapis, z którego wynikało, że należy podać nazwę podwykonawcy, jeżeli wykonawca powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. W tym przypadku nie można jednoznacznie postawić znaku równości między podmiotem udostępniającym swój potencjał a podwykonawcą. Możliwe są sytuacje, które przytaczali na rozprawie Zamawiający i Przystępujący Eurovia, że prace powierzone podwykonawcom będą dotyczyły innego zakresu niż wynika z zobowiązań o udostępnieniu potencjału złożonych przez poszczególne podmioty trzecie. Dotyczy to zarówno udostępnienia wytwórni masy bitumicznej, wytwórni betonu czy dostępu do laboratorium. W tym ostatnim przypadku dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wymagał jedynie w ofercie zamieszczenia informacji o dostępie do laboratorium drogowo-mostowego, co Przystępujący uczynił wskazując na konkretne laboratorium należące podmiotu trzeciego, a zakres podwykonawstwa wykonawca w ofercie określił jako „obsługa laboratoryjna”, nie są to w związku z tym zakresy tożsame. Również udostępnienie zasobów ludzkich w postaci uprawnionych pracowników spółki jawnej nie musi być uznane za równoznaczne z koniecznością nadania statusu podwykonawcy spółce udostępniającej pracowników. Z oferty wynikało, w których przypadkach wykonawca zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego na zasadnie udostępnienia, a w których przypadkach nastąpi powierzenie prac podwykonawcy. Nie zachodziła konieczność uzyskania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Reasumując, w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podmioty, na potencjale których opierał się wykonawca Przystępujący składając ofertę, nie musiały automatycznie zostać uznane za podmioty biorące udział w realizacji części zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający dokonując badania i oceny ofert nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy czy to do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy też do uzupełnienia brakujących dokumentów podmiotowych

potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania (w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) dla tych podmiotów. W tym też zakresie za nieprzydatne uznano oświadczenia złożone przez Przystępującego na rozprawie, jako nie mające charakteru przesądzającego w zakresie sformułowanych w odwołaniu zarzutów.

Sygn. akt KIO 62/13

W przypadku odwołania o sygn. akt KIO 62/13 ustalono, iż Zamawiający wymagał w zadaniu 2A dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w przypadku kierownika zespołu nadzorującego – Inspektora nadzoru robót drogowych, który:

- 1) posiada uprawnienia budowlane pozwalające na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru do realizacji zadania objętego zamówieniem, min. 5 lat doświadczenia z uprawnieniami;
- 2) wykazania pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości robót min. 20 000 000 PLN (brutto).

W zakresie podniesionego zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu w przypadku sporu o prawidłowość wykluczenia Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu, skład orzekający Izby podzielił stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego i uznał, że odwołanie o sygn. akt KIO 62/13 zasługiwało na uwzględnienie.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych

wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Nie można jednak pominąć faktu, iż przeprowadzając weryfikację prawdziwości złożonych dokumentów i zawartych w nich informacji, Zamawiający powinien o wyjaśnienie wątpliwych kwestii zwrócić się również do wykonawcy, celem umożliwienia wykonawcy złożenia niezbędnych wyjaśnień.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane.

Wskazanie w wymaganym wykazie usług, które nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ nie oznacza jeszcze podania

nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub na zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

Okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika zespołu nadzorującego – Inspektora nadzoru robót drogowych – wskazał w wykazie na osobę pana S..... B..... Zaznaczono, iż osoba ta pełniła funkcję inspektora nadzoru na zadaniu „Budowa drogi krajowej nr 66 Zambrów – Bielsk Podlaski – Granica Państwa na odcinku przejścia przez Brańsk od km 50+500 do km 54+250 wraz z przebudową przepustów z rur stalowych karbowanych”. Zamawiający dokonując oceny i badania ofert powziął wątpliwości co do prawdziwości złożonych oświadczeń i celem ich weryfikacji zwrócił się do Podlaskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego oraz inwestora na zadaniu o udzielenie informacji czy wskazana osoba w rzeczywistości daną funkcję pełniła.

Z informacji uzyskanych od Podlaskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego wynikało, iż pan S..... B..... podjął pełnienie obowiązków w dniu 17 kwietnia 2009 roku, a w dniu 4 maja 2009 roku nastąpiła zmiana na stanowisku inspektora robót. Informacje przedstawione przez inwestora zadania potwierdzały, że osoba wskazana pełniła obowiązki inspektora nadzoru branży drogowej w wymienionych powyżej datach.

Zamawiający uznał, że skoro Wykonawca wskazał na osobę, która pełniła daną funkcję przez 18 dni, złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ wymagane było by Wykonawca legitymował się doświadczeniem, gdzie osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót – na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości robót min. 20 000 000,00 PLN (brutto). Zdaniem Zamawiającego informacje złożone przez Wykonawcę są nieprawdziwe, ponieważ wskazał on że inspektor nadzoru faktycznie wykonał i rozliczył zadanie, podczas gdy nadzór pełniony był zaledwie kilkanaście dni i w takim wypadku nie można uznać że dana osoba zdobyła doświadczeniem odpowiadające

wymogowi opisanemu w SIWZ. Zamawiający uznał również nie musi wzywać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, ponieważ zgodnie z orzecznictwem złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu. Ponadto w decyzji o wykluczeniu wskazano na inne braki występujące w ofercie Wykonawcy w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ziściły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy umożliwiające wykluczenie wykonawcy z postępowania. O ile dyskusyjne może być wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego potencjału osobowego do pełnienia poszczególnych funkcji, to z pewnością nie może być mowy o tym, iż wykonawca w sposób celowy, świadomy złożył nieprawdziwe informacje celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało lub potencjalnie nawet mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zarówno organ nadzoru budowlanego, jak też inwestor potwierdzili fakt, że wskazana osoba funkcję inspektora nadzoru na zadaniu pełniła. Rozbieżności nie stwierdzono także w zakresie dat pełnienia tej funkcji, gdyż zarówno Podlaski Inspektor Nadzoru Budowlanego, jak i Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku potwierdziły, że pan Sławomir B. sprawował funkcję inspektora nadzoru od 17 kwietnia do 4 maja 2009 roku. Zamawiający nie zanegował ani wartości inwestycji, ani zakresu robót wynikającego z przedłożonych referencji, czy też dat realizacji inwestycji. Jednakże, zdaniem Zamawiającego, na potwierdzenie spełniania warunku należało wskazać osobę, która pełniła funkcję inspektora nadzoru od początku do końca realizacji zadania wraz z jego rozliczeniem, a ze złożonego protokołu odbioru ostatecznego, wynika, że na liście osób dokonujących odbioru nie figuruje pan S..... B..... Zatem, podstawą kwestią w osi sporu między stronami na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sposób rozumienia, interpretacja ustanowionego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do złożenia nieprawdziwych informacji wraz z ofertą.

W ocenie Izby brzmienie ustanowionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego nie przemawia za interpretacją dokonaną przez stronę Zamawiającą. Warto w tym miejscu zauważyć, że na obecnym etapie postępowania wszelkie niejasności postanowień SIWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawcy. Wykonawca przedstawić miał na pełnienie funkcji inspektora nadzoru robót osobę z doświadczeniem na wykonanym i rozliczonym zadaniu. Z przedłożonych z ofertą referencji datowanych na 4 maja 2011 roku wynika, iż zadanie zostało wykonane i rozliczone, a więc ta część warunku (zdaniem Izby dotycząca zadania, a nie osoby inspektora nadzoru) została wypełniona. Na podstawie wystawionych referencji stwierdzić można, iż wartość końcowa kontraktu wynosiła 24 589 257,13 PLN (netto), co daje 29 998 893,70 PLN brutto, więc część warunku odnosząca się do wartości robót min.

20 000 000,00 PLN brutto również została spełniona. Klasę drogi określono w referencjach jako G, więc jako klasę wyższą niż wymagana w SIWZ klasa Z. Warto podkreślić, iż sam inwestor (GDDKiA) w wystawionym dokumencie stwierdził, że pan S..... B..... pełnił funkcję inspektora nadzoru na budowie. Nie można tu przychylić się do stanowiska Przystępującego, że zauważyć należy różnicę między powołaniem osoby do pełnienia funkcji, a pełnieniem danej funkcji. Różnicy takiej nie przewiduje norma prawna odnosząca się wprost do obowiązków nałożonych na osoby pełniące funkcję inspektora nadzoru, mianowicie ustawa Prawo budowlane. W akcie tym mowa jest jedynie o pełnieniu funkcji inspektora nadzoru odpowiedniej branży.

Dlatego też w postępowaniu nie dopatrzonego się złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Jeżeli Zamawiający chciał, aby przedstawić na stanowisko inspektora nadzoru osobę, która daną funkcję pełniła przez cały okres realizacji zadania, to przy określaniu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu powinien być bardziej precyzyjny i takie wymagania wyrazić wprost w SIWZ, czego nie uczynił. Co więcej wątpliwa jest również taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu, prezentowana w toku rozprawy przez Izbę, iż koniecznym było wskazanie osoby, która pełniła funkcję inspektora nadzoru od początku do końca zadania, włącznie z jego rozliczeniem. Przy takim rozumieniu warunku nawet wskazanie na stanowisko inspektora nadzoru osoby, która pełniła funkcję inspektora nadzoru na wymienionym przez Odwołującego zadaniu po panu S..... B..... oznaczałoby niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ osoba ta nie wykonywałaby powierzonej jej funkcji przez pierwszych 18 dni realizacji zamówienia. Taka interpretacja nie odpowiadałaby jakimkolwiek zasadom prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Reasumując, w sprawie o sygn. akt KIO 62/13 przychyłono się do stanowiska Odwołującego, iż został on nieprawidłowo wykluczony z postępowania i w tym zakresie nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia wykonawcy Odwołującego się oraz odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także nakazano ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając w poszczególnych postępowaniach w przypadku wynagrodzenia pełnomocnika wynagrodzenie w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600 zł oraz zasądzając w sprawie o sygn. akt KIO 62/13 na rzecz Odwołującego koszty dojazdu na podstawie dowodów ich poniesienia złożonych do protokołu.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 35/13, sygn. akt: KIO 62/13 orzeczenie łączne.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....