

Sygn. akt: KIO 1101/11

WYROK

z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcción S.A., Grupa Finansowa Cargo Sp. z o.o., Av. General Peron 36, 28-002 Madryt Hiszpania**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań**,

przy udziale wykonawcy **"DROG-BUD" Sp. z o.o., ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FCC Construcción S.A., Grupa Finansowa Cargo Sp. z o.o., Av. General Peron 36, 28-002 Madryt Hiszpania**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 470 Kościelec – Ceków Kolonia, w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego przez Odwołującego – Konsorcjum w składzie: (1) FCC Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Grupa Finansowa Cargo Sp. z o.o. Niniejsze odwołanie dotyczy, zdaniem wykonawcy, niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] czynności Zamawiającego - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, dotyczących:

- 1) wyboru oferty DROG-BUD Sp. z o.o. z siedziba w Częstochowie („DROG-BUD”), jako najkorzystniejszej oferty;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty DROG-BUD z uwagi na niezgodność tej oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”1:
- 3) zaniechania wykluczenia DROG-BUD z uwagi na nie wniesienie wadium oraz nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechania uznania oferty DROG-BUD za odrzuconą;
- 4) zaniechania wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom wykonawca zarzucił naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 ustawa Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawa Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty DROG-BUD, która nie odpowiada treści SIWZ w tym przede wszystkim warunkom dotyczącym wymaganego potencjału kadrowego oraz warunkom transportu mieszanki mineralno - asfaltowej oraz zaniechanie odrzucenia oferty DROG-BUD, pomimo powyższego uchybienia;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2) oraz art. 24 ust. 4 ustawa Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia DROG-BUD z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w związku z nie wniesieniem wadium;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 ustawa Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia DROG-BUD z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w związku z nie wykazaniem przez DROG-BUD, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego tj. dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych posiadającym uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci telekomunikacyjnych;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawa Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawa Pzp poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawa Pzp poprzez nierzetelną ocenę dokumentu gwarancji wadialnej złożonej

przez DROG-BUD poprzez uznanie takiej gwarancji za prawidłową.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty DROG-BUD jako najkorzystniejszej oferty; (2) odrzucenia oferty DROG-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawa Pzp (niezgodność oferty z SIWZ); (3) wykluczenia DROG-BUD z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) i pkt 4) ustawa Pzp (wadliwe wniesienie wadium oraz nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu) i uznania oferty DROG-BUD za odrzuconą; (4) wybór oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej oraz obciążenie kosztami postępowania Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i nakazanie wpłaty przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na rzecz Konsorcjum w składzie: FCC Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania oraz Grupa Finansowa Cargo Sp. z o.o. z siedzibą w Wojkowicach, kwoty 23.600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty odwołujących się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

W uzasadnieniu odwołania wskazał na pkt 6.2.1.3. SIWZ zgodnie z którym „Wykonawca musi wykazać, że dysponuje osobami, którym powierzone zostanie wykonanie niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Osoby wskazane przez Wykonawcę muszą posiadać kwalifikacje i doświadczenie zawodowe nie mniejsze niż określone poniżej: (...): kierownik robót telekomunikacyjnych (...), wymagane uprawnienia: uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci telekomunikacyjnych". DROG-BUD oświadczył, że dysponuje osobą posiadającą takie uprawnienia: Pan Waław R. DROG-BUD załączył również zobowiązanie do współpracy Pana Waława R. z firmą DROG-BUD przy realizacji zamówienia w postaci rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 470. Wskazano, że Pan Waław R. nabył uprawnienia budowlane na mocy decyzji nr DTT-TU/2206/01/U z dnia 02.08.2001 r. Zgodnie z treścią tej decyzji, wydanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji, Panu Waławowi R. nadano uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych. W zakresie tego zarzutu wykonawca podał, że nadawanie uprawnień budowlanych w telekomunikacji w latach 1995-2004 było uregulowane przepisami rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. 1995 nr 120 poz. 581). Zgodnie z § 4 ust. 1a powołanego rozporządzenia uprawnienia budowlane w telekomunikacji mogły być wydawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w ramach specjalności instalacyjnych¹. Jak wynika z treści decyzji nr DTT-TU/2206/01/U Pan Waław R. posiada uprawnienia ograniczone, wyłącznie w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych. Nie

posiada on zatem uprawnień w zakresie sieci, jakie były wymagane zgodnie z SIWZ przez Zamawiającego. Podkreślił, że sieć telekomunikacyjna to coś znacznie więcej niż linie, instalacje i urządzenia liniowe. Wedle definicji zawartej w art. 2 pkt 35 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2004 nr 171 poz. 1800), sieć telekomunikacyjna to „Systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisją sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju”. A zatem linie oraz instalacje i urządzenia liniowe są jedynie jednym z wielu elementów sieci telekomunikacyjnej. Rozróżnienie między uprawnieniami bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie zostało utrzymane na gruncie rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 nr 83 poz. 578). Zgodnie z § 22 ust. 2 tegoż rozporządzenia, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje. Natomiast wymogi SIWZ spełniłaby wyłącznie osoba posiadająca uprawnienia budowlane w telekomunikacji bez ograniczeń. W świetle dokumentów przedstawionych przez DROG-BUD takich uprawnień nie posiada jednak p. Waclaw R. W rezultacie, należy uznać, że DROG-BUD nie spełnił wymogu SIWZ w zakresie potencjału kadrowego, a zatem oferta DROG-BUD narusza art. 82 ust. 3 PZP i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Ponadto, na podstawie pkt 6.1.1.13) SIWZ, nie wykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Odpowiedni potencjał kadrowy stanowi, zgodnie z punktem 6.2.1 SIWZ, niezbędny warunek udziału w Postępowaniu. DROG-BUD powinien zatem zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP, a jego oferta powinna zostać przez Zamawiającego uznana za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 4 PZP. Należy pamiętać, że przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp o odrzuceniu oferty ma charakter obligatoryjny: zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty 2.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunków produkcji i transportu mieszanki mineralno-asfaltowej powołał się na Specyfikacje techniczne, oraz zawarte tam wymagania dotyczące nawierzchni z betonu asfaltowego warstwy wiążącej (Specyfikacja techniczna D.05.03.05a) oraz wymagania dotyczące podbudowy z betonu asfaltowego (Specyfikacja techniczna D.04.07.01). Specyfikacja techniczna D.05.03.05a w punkcie 3.1 ustanawia wymogi dotyczące otoczenia tj. wytwórni mieszanki mineralno-bitumicznej. „Odległość wytwórni od miejsca wbudowania powinna być taka, aby mogła być zagwarantowana wymagana temperatura oraz inne cechy jakościowe mieszanki miejsc wbudowania”. Specyfikacja techniczna D.05.03.05a ustanawia również wymogi dotyczące transportu (punkt 4.), w szczególności „czas transportu

winiem zapewnić utrzymanie co najmniej minimalnej wymaganej temperatury". Specyfikacje techniczne wymuszają na wykonawcy takie ułożenie otoczami i taką organizację transportu, która zapewni zachowanie temperatury betonu asfaltowego i zachowanie jego wartości jako materiału budowlanego. Ponadto w punkcie 10 Specyfikacja Techniczna jako przepisy związane wskazuje „Wymagania techniczne. Nawierzchnia asfaltowa na drogach publicznych WT-2. Nawierzchnie asfaltowe 2008". Publikacja ta określa warunki transportu mieszanki mineralno-asfaltowej, w tym betonu asfaltowego. W punkcie 8.4 stanowi, że „warunki i czas transportu mieszanek mineralno- asfaltowych, od produkcji do wbudowania, powinny zapewniać utrzymanie temperatury w wymaganym przedziale". Przedziały dopuszczalnych temperatur zostały określone w tablicy nr 47. Zgodnie z punktem 5.2.4 Specyfikacji technicznej D.05.03.05a temperatura gotowej mieszanki na wyjściu z otoczkarki i podczas wbudowania powinna wynosić odpowiednio od 190 stopni do 155 stopni dla asfaltu 35/50 i 180 stopni do 140 stopni dla asfaltu 50/70. Jest to zgodne z wartościami wymienionymi w powołanej tablicy 47. Polska Norma nr PN-S-96025:2000 w punkcie 3.4.2 dotyczącym przechowywania i transportu mieszanki mineralno-asfaltowej stanowiła, że „czas transportu mieszanek zagęszczanych (od załadunku do rozładunku) nie powinien przekraczać 2h". Dołączona przez DROG-BUD do oferty w Postępowaniu umowa dostaw mas bitumicznych zawarta w Oleśnie dnia 20.03.2011 pomiędzy DROG-BUD a dostawcą mas bitumicznych tj. DROGBUD-LARIX sp. z o.o z siedzibą w Oleśnie (46-300) zawiera postanowienia dotyczące lokalizacji otoczami oraz warunków transportu mieszanki mineralno - asfaltowej. Otoczarnia zlokalizowana jest w Oleśnie, przy ulicy Leśnej 5. Dostawca zagwarantował czas dowozu mas bitumicznych na miejsce budowy w terminie poniżej 2 godzin od wyprodukowania (pkt 5 umowy). Postanowienia ww. umowy dotyczące gwarantowanego czasu transportu oraz postanowienia Polskiej Normy nr PN-S-96025:2000 świadczą o tym, że utrzymanie minimalnej wymaganej temperatury mieszanki mineralno-asfaltowej jest możliwy w czasie nieprzekraczającym 2 godzin od produkcji do wbudowania. W przypadku DROG-BUD dowóz mieszanki mineralno - asfaltowej od miejsca produkcji na miejsce budowy w czasie poniżej dwóch godzin jest jednak niemożliwy. Odległość pomiędzy Olesnem a Cekowem-Kolonią wynosi 155 kilometrów. Szacowany czas przejazdu samochodem osobowym pomiędzy tymi miejscowościami najszybszą możliwą trasą wynosi 2 godziny i 45 minut. Odległość pomiędzy Olesnem a Kościelcem wynosi 167 kilometrów. Szacowany czas przejazdu samochodem osobowym pomiędzy tymi miejscowościami najszybszą możliwą trasą wynosi 3 godziny i 1 minutę. Jak dowód załączył wydruki ze strony internetowej [www. viamichelin.pl](http://www.viamichelin.pl). Stwierdził także, że pojazdy transportowe spełniające wymogi określone w specyfikacji technicznej nr D.05.03.05s pkt 4, czyli charakteryzujące się dużą pojemnością, samowyładowawcze, wyposażone w plandeki etc. poruszają się po drodze znacznie wolniej niż samochody osobowe. Ponadto należy doliczyć czas załadunku, czas rozładunku i wbudowania. Należy zatem szacować że

czas transportu mieszanki mineralno- asfaltowej, uwzględniając czas załadunku, rozładunku i wbudowania, z Olesna do Cekowa- Kolonii wyniesie ponad 3 godziny, zaś z Olesna do Kościelca ponad 4 godziny. W tych okolicznościach jest technicznie niemożliwe zachowanie wymaganej przez SIWZ temperatury, a zatem właściwości technicznych i budowlanych dostarczanej mieszanki mineralno - asfaltowej. Należy podkreślić, że droga zbudowana z wychłodzonej masy nie spełnia wymogów technicznych; niemożliwość dobrego zagęszczenia masy z powodu nadmiernego wychłodzenia skutkuje nierówną powierzchnią drogi i powstawaniem kolein w trakcie eksploatacji. Zdaniem wykonawcy, Specyfikacja techniczna nr D.05.03.05a (a także odwołująca się do niej Specyfikacja techniczna nr D.04.07.01), które stanowią część SIWZ wskazuje na konieczność takiego ukształtowania procesu wytwarzania i transportu mieszanki mineralno - asfaltowej, by mieszanka mineralno - asfaltowa dostarczona na miejsce budowy zachowała swoją temperaturę i właściwości jako materiał budowlany. Na podstawie istniejącego stanu wiedzy technicznej, obecnych możliwości technicznych i stosowanych technologii transportu należy uznać, że dostarczenie mieszanki mineralno - asfaltowej o właściwej temperaturze z Olesna na miejsce budowy drogi wojewódzkiej nr 470 Kościelec-Ceków Kolonia jest całkowicie niemożliwe. Odwołując się do orzecznictwa stwierdził, że „niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi wówczas, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów”³. Jak wykazano powyżej, warunki realizacji zamówienia oferowane przez DROG-BUD niewątpliwie są niezgodne z wymogami SIWZ. Lokalizacja otczarni zbyt daleko od miejsca budowy przesądza o niemożliwości dostarczenia mieszanki o odpowiednich właściwościach i temperaturze, wymaganych przez SIWZ. Oferta DROG-BUD nie odpowiada zatem treści SIWZ. Owe niezgodności powinny skutkować odrzuceniem oferty DROG-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawa Pzp.

Co do zarzutu wadliwego wniesienia wadium wykonawca stwierdził, że zgodnie z punktem 9.1 SIWZ warunkiem udziału w Postępowaniu było wniesienie wadium w kwocie 600 000,00 zł (słownie: sześćset tysięcy złotych). DROG-BUD wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na papierze firmowym Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie („Ergo Hestia”). W miejscu przeznaczonym na „pieczęć Gwaranta” znajduje się jednak pieczęć Agencji Ubezpieczeniowej MAXIMA Elwira P. Poniżej, w miejscu przeznaczonym na „podpis przedstawiciela Gwaranta” znajduje się nieokreślony podpis. Z treści Gwarancji nie wynika do kogo ów podpis należy, kim jest osoba podpisana i jakie stanowisko piastuje. Z treści Gwarancji nie wynika również, jakie związki zachodzą pomiędzy podpisem, Agencją Ubezpieczeniową MAXIMA Elwira P. i Ergo Hestia. Zdaniem Odwołującego, gwarancja przedstawiona przez DROG-BUD budzi poważne wątpliwości. Po pierwsze nie wiadomo, czy Gwarantem jest Ergo Hestia, czy Agencja Ubezpieczeniowa

MAXIMA Elwira P. W pierwszym akapicie dokumentu Gwarancji o Towarzystwie Ergo Hestia mówi się w trzeciej osobie (Jest zobowiązane"). Z kolei w drugim akapicie sformułowanie „podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie" i użyta w nim liczba mnoga sugeruje istnienie jakiegoś podmiotu zbiorowego, który jednocześnie udziela gwarancji i wystawia dokument Gwarancji. W kontekście faktu, że jako „pieczęć gwaranta" figuruje pieczęć Agencji Ubezpieczeniowej MAXIMA Elwira P. zachodzą uzasadnione wątpliwości co do tego, czy Gwarantem jest faktycznie Ergo Hestia. Nie wiadomo też, czy Agencja Ubezpieczeniowa MAXIMA Elwira P. jest upoważniona do udzielania gwarancji w imieniu Ergo Hestia. Nie jest również jasne, kto podpisał dokument Gwarancji. Podpis jest nieczytelny. Nie figuruje pod nim imię i nazwisko ani stanowisko osoby podpisanej. Nie wiadomo, czy składając podpis osoba ta działała z upoważnienia Agencji Ubezpieczeniowej MAXIMA Elwira P., czy Ergo Hestia. Zgodnie z orzecznictwem KIO, gwarancja powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania podmiotu wystawiającego gwarancję⁴. Przedstawiona przez DROG-BUD gwarancja nie pozwala jednak na stwierdzenie tej okoliczności. Co więcej, w wypadku gwarancji wniesionej przez DROG-BUD zachodzą nie tylko wątpliwości, co do upoważnienia, ale istnieją zasadnicze kontrowersje co do osoby wystawcy dokumentu Gwarancji i osoby Gwaranta. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że wykluczeniu podlega wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je w niewłaściwej formie. oraz, że „decydującym dla uznania, iż wadium zostało wniesione, jest ustalenie, po pierwsze, czy dokument został prawidłowo wystawiony". Wykluczenie wykonawcy, który nie wniósł lub nieprawidłowo wniósł wadium, jest obligatoryjne. Zamawiający powinien badać, czy zachodzą przesłanki wykluczenia i z uwagi na wskazane powyżej zastrzeżenia, dokonać wykluczenia DROG-BUD. Zamawiający zaniechał tego obowiązku. Nie wykluczył oferty DROG-BUD mimo oczywistych nieprawidłowości wniesionej gwarancji ubezpieczeniowej. Tym samym naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4) PZP i art. 24 ust. 4 PZP. Zaniechanie wykluczenia DROG-BUD w sposób całkowicie nieuzasadniony uprzywilejowało DROG-BUD względem innych wykonawców. Z tego względu należy Zamawiającemu zarzucać również naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 PZP.

W konkluzji odwołania stwierdził, że oferta Konsorcjum jest ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z ustawą Pzp wykonawca - DROG-BUD podlega wykluczeniu z postępowania a oferta wykonawcy podlega także odrzuceniu. Wskutek czynności Zamawiającego dokonanych z naruszeniem przepisów Pzp, w szczególności polegających na zaniechaniu wykluczenia DROG-BUD z postępowania i zaniechaniu odrzucenia oferty DROG-BUD, Konsorcjum straciło możliwość wygrania Postępowania i uzyskania Zamówienia. Stąd też, interes Konsorcjum w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość doznania szkody przez Konsorcjum w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp nie budzą wątpliwości.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca DROG-BUD, wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podnoszonych w nim zarzutów, twierdzeń i argumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż zgodnie z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, Izba orzeka tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Orzeczenie z kolei - w tym przypadku wyrok - zgodnie z § 34 ust.1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. Nr 48,poz.280) powinno zawierać rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba, rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawa Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy DROG-BUD sp. z o.o. [dalej DROG-BUD] z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą w związku z niewykazaniem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego tj. dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych, posiadającym uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci telekomunikacyjnych, miała także na względzie żądanie Odwołującego. W tym przypadku wykonawca domagał się wykluczenia wykonawcy DROG-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 oraz uznania oferty DROG-BUD za odrzuconą. Tak sformułowany zarzut i żądanie na tym etapie postępowania, zdaniem Izby, są niezasadne. Odwołujący nie dowiódł bowiem, że wykonawca – DROG-BUD nie spełnił warunków udziału, co mogłoby stanowić podstawę do uwzględnieniu żądania o nakazaniu wykluczenia wykonawcy - DROG-BUD z postępowania. Fakt dowodzenia, że przedstawiony kandydat na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych Pan R. nie spełnił wymagań określonych SIWZ, nie pozwala na wykluczenie na tym etapie - wykonawcy z postępowania, albowiem w pierwszej kolejności powinna być przeprowadzona procedura, o której mowa w art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tą procedurą Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, o ile właściwe dokumenty [oświadczenia] nie zostały załączone do oferty, bądź do ich wyjaśnienia. Izba jednocześnie stwierdza, że Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, w ustalonych

okolicznościach faktycznych, jest chybiony, albowiem tylko negatywny wynik procedury przeprowadzonej na podstawie art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp, mógłby stanowić podstawę do uwzględnienia żądania o wykluczenie wykonawcy DROG- BUD z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając zarzut, dotyczący warunków produkcji i transportu mieszanki mineralno-asfaltowej Izba stwierdziła, że zarzut ten także nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem wskazywany maksymalny czas dowozu mieszanki tj. 2 godzin nie został określony przez Zamawiającego. Takiego wniosku nie można wywieść ze Specyfikacji technicznych, oraz zawartych tam wymagań dotyczących nawierzchni z betonu asfaltowego warstwy wiążącej (Specyfikacja techniczna D.05.03.05a) czy też z wymagań dotyczących podbudowy z betonu asfaltowego (Specyfikacja techniczna D.04.07.01). Także powołana przez Odwołującego Polska Norma nr PN-S-96025:2000 i punkt 3.4.2 tej normy, dotyczący przechowywania i transportu mieszanki mineralno-asfaltowej nie mogą być w niniejszej sprawie powoływane, albowiem norma ta nie była przywoływana w dokumentacji przetargowej, a ponadto wskazana norma została w maju 2008 wycofana decyzją Prezesa PKN ze zbioru PN bez jej zastępowania inną normą. Izba stwierdziła także, że zgodnie z pkt 6.2.1.2 SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani wykazać się dysponowaniem określonym sprzętem i tylko fakt dysponowania wymaganym sprzętem może być przedmiotem oceny, co do ustalonego warunku. Tak jak Zamawiający wskazał w dokumentacji przetargowej mieszanka powinna spełniać parametry podane w specyfikacji technicznej, jednakże kontrola tych parametrów dokonywana będzie w toku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Także zarzut odnoszący się do wadliwego wniesienia wadium, nie jest zasadny. Tak jak podnosi się w orzecznictwie, na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, żądania załączenia do gwarancji [polis] pełnomocnictwa osoby podpisującej gwarancję. Również w niniejszej sprawie postanowienie SIWZ nie nakładały na wykonawców wymogów, co do wykazywania umocowania osób podpisujących gwarancję ubezpieczeniową. Także Odwołujący nie uprawdopodobnił, że są uzasadnione wątpliwości wobec Agencji, co do umocowania występowania w imieniu gwaranta – Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S..A. Ponadto Zamawiający – w toku rozprawy - na dowód prawidłowości kwestionowanej gwarancji przedstawił pismo z ERGO HESTIA wraz z pełnomocnictwem szczególnym dla Agenta – prowadzącemu działalność gospodarczą p.n. Agencja Ubezpieczeniowa Maxima Elwira P. z datą ważności tego pełnomocnictwa z dniem 9 .04.2010 r. Przedstawiając ten dowód Zamawiający działał w zakresie upoważnienia wynikającego z przepisu art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym

strony i uczestnicy postępowania dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki są obowiązani wskazywać dowody.

Mając, zatem na względzie powyższe ustalenia, wskazywane w odwołaniu naruszenie art. 24 ust.2 pkt 2 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a także art.82 ust.3 i art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 91ust.1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp także nie podlegają uwzględnieniu. Ty samym zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp również nie jest zasadny.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: