

WYROK

z dnia 7 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 stycznia 2011 r. przez Bud Invent spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, w trybie przetargu nieograniczonego na „*Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami związanymi z modernizacją ciągu ulic Marsa - Żołnierska na odcinku węzeł „Marsa”*”,

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – MGGP SA w Tarnowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Bud Invent spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), uiszczony przez Bud Invent spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez Odwołującego Bud Invent spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, na rzecz Zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa - Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami związanymi z modernizacją ciągu ulic Marsa - Żołnierska na odcinku węzeł „Marsa” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.] wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi 3.295.820,00 zł, co stanowi równowartość 858.510,03 euro.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 201/S 168-257682 oraz na stronie internetowej Zamawiającego WWW.zmid.waw.pl w dniu 31 sierpnia 2010r.

Pismem z dnia 21 stycznia 2011r., które doręczono Odwołującemu w tej samej dacie Zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o wykluczeniu z postępowania; odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty; wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MGGP S.A. w Tarnowie.

W dniu 28 stycznia 2011r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu, wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na czynności badania i oceny ofert; czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. odstąpienia od czynności wykluczenia z postępowania;
3. odstąpienia od czynności odrzucenia złożonej oferty;
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
5. wyboru jako najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż w świetle zapisów zawartych w formularzu, okoliczność, że łączny czas doświadczenia zawodowego zdobytego przez osobę mającą zajmować stanowisko Inspektora ds. materiałowych - technologa wynikającego z realizacji zadań: „Budowa Małej obwodnicy Gostynina etap I (z tunelem)” oraz „Budowa drogi krajowej

nr 62 przechodzącej w ul. Wyszogrodzką w Płocku”, jest krótszy niż 3 lata, nie jest równoznaczna z tym, że osoba ta nie posiada 3 letniego doświadczenia przy realizacji robót drogowych, na stanowisku podobnym do tego, na które została wskazana. Niezależnie od wykazania doświadczenia zdobytego przy wzmiankowanych zadaniach, w sposób wyraźny, jednoznaczny podano, że osoba ta „*Posiada wymagane 3 letnie doświadczenie zawodowe na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych*”. Zdaniem Odwołującego, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą być interpretowane wyłącznie w sposób literalny, czyli zgodnie z regułami znaczeniowymi języka polskiego [por. np. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r., Sygn. akt XXIII GA 446/08] - przedmiotowym przypadku, na gruncie tych reguł nie ma wątpliwości, że wymóg posiadania minimum 3 lat doświadczenia na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych oraz wymóg posiadania doświadczenia polegającego na obsłudze co najmniej 2 robót budowlano - montażowych o łącznej wartości robót co najmniej 50 000 000 zł [brutto] są wymogami od siebie niezależnymi, tj. dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest konieczne, aby wzmiankowana obsługa co najmniej 2 robót, trwała minimum 3 lata [nie określono ile ta obsługa miała trwać, co wskazuje na dowolność w tym zakresie]. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie kwestionował faktu posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko Inspektora ds. materiałowych - technologa wymaganego doświadczenia, lecz jedynie przeprowadzenie dowodu na okoliczność, iż wymogi zostały spełnione. Jednakże, w świetle treści zawartych w Wykazie dowód ów został przeprowadzony. Jako zawartość drugiej od lewej kolumny wzoru Załącznika Nr 3 do oferty [formularz „Potencjał kadrowy”] Zamawiający wskazał „Opis doświadczenia na stanowisku kierownika lub z-cy kierownika, inspektora nadzoru [zakres, opis robót nad którymi była pełniona funkcja, wartość, daty [dd/mm/rr], kwalifikacje zawodowe] jednocześnie zaznaczając, iż „*Wykonawca winien w sposób jednoznaczny wykazać potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu*”. Tym samym, nie ulega wątpliwości, iż Wykonawca w odniesieniu do osób, względem których należało wykazać doświadczenie na stanowisku kierownika lub zastępcy kierownika, lub inspektora nadzoru, winien podać: zakres, opis robót nad którymi była pełniona funkcja, wartość, daty [dd/mm/rr], kwalifikacje zawodowe. Natomiast, w świetle takiego zapisu nie sposób rozciągać tego obowiązku na pozostałe osoby, tj. osoby względem których Wykonawca nie musiał wykazać doświadczenia na stanowisku kierownika lub zastępcy kierownika, lub inspektora nadzoru. Zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do Inspektora ds. materiałowych - technologa, należało wykazać, iż posiada minimum 3 lata doświadczenia na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych oraz doświadczenie polegające na

obsłudze co najmniej 2 robót budowlano - montażowych o łącznej wartości robót co najmniej 50 000 000 zł [brutto]. Stanowisko „Inspektora ds. materiałowych – technologa” nie jest tożsame ze stanowiskiem [funkcją] inspektora nadzoru a zatem nie było obowiązku wykazywania dla osoby wskazanej na to stanowisko, doświadczenia na stanowisku inspektora nadzoru [stanowisko „inspektora ds. materiałowych – technologa”, nie jest podobne do stanowiska „inspektora nadzoru”, pomimo podobnego brzmienia nazw obu stanowisk]: zajmowanie stanowiska inspektora nadzoru, w przeciwieństwie do zajmowania stanowiska Inspektora ds. materiałowych - technologa wiąże się nierozdzielnie z pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane; do zajmowania stanowiska [pełnienia funkcji] inspektora nadzoru, w przeciwieństwie do zajmowania stanowiska Inspektora ds. materiałowych - technologa, wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych, a także wpis na listę członków właściwej miejscowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa co potwierdził Zamawiający, wskazując w rozdziale VI, pkt. 1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że inspektorzy nadzoru [pkt. 1-7] winni posiadać uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności oraz zaświadczenie o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego); wymóg posiadania - uprawnień oraz wpisu, nie dotyczył natomiast osoby wskazanej na stanowisko Inspektora ds. materiałowych - technologa [wymagania względem tej osoby podano w pkt. 11]. Zatem, w świetle zapisów wzoru Załącznika Nr 3 do oferty [formularz „Potencjał kadrowy”], dla osoby wskazanej na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa nie było niezbędne podawanie: zakresu, opisu robót nad którymi była pełniona funkcja, wartość, czy daty [dd/mm/rr]. Wystarczyło jedynie umieszczenie zapisu jednoznacznie potwierdzającego spełnianie postawionego wymogu. Zapis taki mógł mieć formę dowolną [Zamawiający de facto pozostawił w tym zakresie swobodę Wykonawcom], w tym także mógł obejmować zakres, opis robót nad którymi była pełniona funkcja, wartość, czy daty [dd/mm/r], jednakże brak któregokolwiek z tych danych [lub nawet wszystkich] nie sposób było uznać za odstępianie od wymaganej formy dokumentu mającego potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu [wypełnienie formularza niezgodnie z wzorem stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia].

Jak wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 powołanej ustawy, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 powołanej ustawy, zawierające błędy

lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W treści Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Załącznik Nr 3 do oferty - „Potencjał kadrowy”), złożonym w ramach uzupełnienia w sposób wyraźny i jednoznaczny podano, że osoba „Posiada wymagane 3 letnie doświadczenie zawodowe na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych”. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 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. Nr 226, poz. 1817], w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający (w zależności od wartości przedmiotu zamówienia), żąda lub może żądać, Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz jest wymieniony w powołanym rozporządzeniu, jako jeden z dokumentów, których złożenia Zamawiający co najmniej może żądać od Wykonawców, a jednocześnie z przepisów wynika, że Zamawiający co najmniej może żądać aby zawierał on informacje na temat kwalifikacji zawodowych wskazanych osób, czy ich doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, tym niemniej nie został sprecyzowany zakres tych informacji, ani też forma ich przedstawienia, co prowadzi do wniosku, że w świetle przedmiotowego rozporządzenia zakres podanych przez Wykonawcę informacji może być dowolny, jednakże winien być wystarczający dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim Wykaz ma to potwierdzać, a zarazem wystarczający dla potwierdzenia spełniania wymogów postawionych w opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu (opis ów - wskazany jako element SIWZ w art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być utożsamiany z wykazem dokumentów, jakie Wykonawca winien złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - wskazanym jako element SIWZ w art. 36 ust. 1 pkt. 6 powołanej ustawy). Cel złożenia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w

wykonywaniu zamówienia (tj. potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wymogów określonych w opisie sposobu ich spełniania) został osiągnięty, nawet gdyby przyjąć, że nastąpiło odstępstwo od zakresu danych, jakie należało zawrzeć w tym Wykazie, zgodnie z wzorem formularza wprowadzonym przez Zamawiającego (w niniejszym odwołaniu wykazaliśmy już, iż takiego odstępstwa nie było).

Odwołujący przytoczył uzasadnienia wyroków Zespołu Arbitrów z dnia 24 sierpnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2353/06, z dnia 4 kwietnia 2006 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-922/06); Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt. KIO/UZP 1808/09). Odwołujący argumentuje, iż ewentualne uchybienia w zakresie sposobu wypełniania wprowadzonych przez Zamawiającego formularzy dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie mają znaczenia, jeżeli z dokumentów tych wynika, iż postawione wymogi zostały spełnione; dopuszcza się nawet wykazanie spełniania postawionych wymogów w dokumentach innych, aniżeli wskazane przez Zamawiającego. Odwołujący powołał brzmienie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując, iż tryb odnosi się do usuwania wątpliwości Zamawiającego i jest trybem obligatoryjnym, który Zamawiający powinien uruchomić z urzędu [por. Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pelczyński P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2010, s. 217]. Tym samym, należy uznać, iż żądanie udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zachodzą co do nich wątpliwości, jest nie uprawnieniem, lecz obowiązkiem Zamawiającego. Instytucja „udzielania wyjaśnień” nie jest przy tym tożsama z instytucją „uzupełniania dokumentów”, gdyż nie może prowadzić do zmiany stanu faktycznego w zakresie treści złożonych dokumentów [jej celem jest usunięcie wątpliwości, co do ich interpretacji]. Odwołujący podaje, że Trzeba także wziąć pod uwagę, iż wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek [por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 7 kwietnia 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 377/09]. Z kolei, specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem doprecyzowującym wzmiankowane wymogi i przesłanki, a więc stanowiącym, w istocie element przyrzeczenia publicznego. Przy interpretacji postanowień SIWZ [z wyłączeniem zapisów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania], należy uwzględnić art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak

tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje [§ 1]. Skoro zaś celem żądania Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, było potwierdzenie spełniania określonego wymogu stanowiącego element opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu [warunki udziału w postępowaniu zostały wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś szczegółowe wymogi postawione przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania to sposób oceny ich spełniania], to postanowienia specyfikacji należy oceniać z uwzględnieniem tego celu.

Odwołujący podniósł, iż jako zawartość drugiej od lewej kolumny wzoru Załącznika Nr 3 do oferty [formularz „Potencjał kadrowy”], Zamawiający wskazał „Opis doświadczenia na stanowisku kierownika lub z-cy kierownika, inspektora nadzoru (zakres, opis robót nad którymi była pełniona funkcja, wartość, daty [dd/mm/rr], kwalifikacje zawodowe” jednocześnie zaznaczając, iż „Wykonawca winien w sposób jednoznaczny wykazać potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu”. Jednakże, zapisy jakie w złożonym przez nas wypełnionym formularzu „Potencjał kadrowy”, są wystarczające do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nawet jeżeli, zdaniem Zamawiającego, ich zakres nie odpowiada wymogom wynikających z wzoru formularza „Potencjał kadrowy”.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawcę Bud Invent spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłosił przystąpienie i został dopuszczony do postępowania odwoławczego stronie Zamawiającego wykonawca MGGP SA w Tarnowie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postawił wymóg dysponowania co najmniej jedną osobą na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa. W odniesieniu do osoby dedykowanej do zajmowania tego stanowiska Zamawiający w rozdziale VI pkt 1.3 ppkt 11) specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił następujące wymaganie:

„INSPEKTOR DS. MATERIAŁOWYCH – TECHNOLOG /1 osoba / 3 lata – doświadczenie zawodowe: minimum 3 lata na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych oraz obsługa co najmniej 2 robót budowlano – montażowych o łącznej wartości robót co najmniej 50 000 000 zł (brutto).”

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku należało złożyć, zgodnie z brzmieniem rozdziału VII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, potwierdzających jednocześnie spełnienie warunku określonego przez Zamawiającego [formularz „Potencjał kadrowy” – zał. nr 3 do oferty] oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający wymagał przy tym również złożenia oświadczenia Wykonawcy, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Odwołujący w złożonej ofercie załączył Wykaz, w którym na stanowisko Inspektora ds. materiałowych - technologa została wskazana osoba, której doświadczenie zawodowe opisano następująco:

1) OD 11.2007 DO 11.2007 STANOWISKO: Inspektor ds. materiałowych - technolog
ZAMAWIAJĄCY MZDDW

OPIS ROBÓT ORAZ WARTOŚĆ : „Budowa Małej obwodnicy Gostynina etap I” Wartość robót budowlano – montażowych 37 308 88,98 PLN

KWALIFIKACJE ZAWODOWE: Posiada 3 letnie doświadczenie na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych.

2) OD 02.2007 DO 11.2007 STANOWISKO: Inspektor ds. materiałowych - technolog
ZAMAWIAJĄCY UM Płock

OPIS ROBÓT ORAZ WARTOŚĆ : *Budowa drogi krajowej nr 62 przechodzącej w ul. Wyszogrodzką w Płocku*

Wartość robót budowlano – montażowych: 22 980 840,00 PLN

KWALIFIKACJE ZAWODOWE: Posiada 3 letnie doświadczenie na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych.

- Uprawnienia budowlane do nadzoru i prowadzenia robót w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej nr 93/66 bez ograniczeń
- Rzeczoznawca budowlany w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej nr RZE/X062/06
- Wpis do rejestru Rzeczoznawców Budowlanych pod pozycją 62/06/RC.

Zamawiający, pismem z dnia 24 listopada 2010 r., Sygn. ZMID/DZP/0717/935/10 wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie „Wykazu osób, które będą

uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - Załącznik Nr 3 do oferty „Potencjał kadrowy”, wskazując [m. in.], że dla osoby wskazanej na stanowisko Inspektora ds. materiałowych - technologa *nie wykazano 3 - letniego doświadczenia zawodowego na danym stanowisku pracy. Nie został spełniony warunek obsługi robót budowlano - montażowych o łącznej wartości, co najmniej 50 000 000 zł [brutto].*

W odpowiedzi Odwołujący złożył poprawiony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia [Załącznik Nr 3 do oferty - „Potencjał kadrowy”], w którym w odniesieniu do osoby wskazanej uprzednio na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa podano:

1) OD 12.11.2007 DO 27.11.2007 STANOWISKO: Inspektor ds. materiałowych - technolog
ZAMAWIAJĄCY MZDDW

OPIS ROBÓT ORAZ WARTOŚĆ : „Budowa Małej obwodnicy Gostynina etap I” Wartość robót budowlano – montażowych 37 308 880,98 PLN

KWALIFIKACJE ZAWODOWE: Posiada 3 letnie doświadczenie na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych.

2) OD 05.02.2007 DO 30.11.2007 STANOWISKO: Inspektor ds. materiałowych - technolog
ZAMAWIAJĄCY UM Płock

OPIS ROBÓT ORAZ WARTOŚĆ : *Budowa drogi krajowej nr 62 przechodzącej w ul. Wyszogrodzką w Płocku*

Wartość robót budowlano – montażowych: 22 980 840,00 PLN

KWALIFIKACJE ZAWODOWE: Posiada 3 letnie doświadczenie na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych.

- Uprawnienia budowlane do nadzoru i prowadzenia robót w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej nr 93/66 bez ograniczeń
- Rzeczoznawca budowlany w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej nr RZE/X062/06
- Wpis do rejestru Rzeczoznawców Budowlanych pod pozycją 62/06/RC.

Zamawiający, pismem z dnia 21 stycznia 2011r. wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą spośród ofert złożonych.

Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego oraz wykonawcy Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – MGGP SA w Tarnowie o odrzucenie odwołania, uzasadnionego twierdzeniem, że odwołanie jest spóźnione, bowiem dotyczy wezwania do uzupełnienia dokumentów, które miało miejsce w dniu 24 listopada 2010r. Dostrzeżenia jednak wymagało, że odwołanie wskazuje na niewłaściwą ocenę przez Zamawiającego złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykazu „*Potencjał kadrowy*”, wyraźnie przy tym wskazuje jako zaskarżoną czynność wybór najkorzystniejszej oferty a także wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty. Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołanie – zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 5 – 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280), zawiera wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; przedstawienie zarzutów; żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz

dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zakres odwołania wyznacza zatem kwestionowana w nim czynność, co jest pozostawione każdorazowo wnoszącemu odwołanie.

Skoro z treści wniesionego odwołania wyraźnie wynika jego zakres, w tym przede wszystkim zakwestionowane czynności, to nie sposób przyjmować, wbrew tak wyrażonej intencji Odwołującego, że odwołanie skierowane jest wobec innej, aniżeli wyraźnie w nim wskazana czynności. Inną sprawą jest bowiem kwestia ewentualnej zasadności bądź nietrafności podniesionego w odwołaniu zarzutu, która może powodować oddalenie odwołania, względnie skutkować uznaniem braku interesu po stronie odwołującego, inną zaś zakres wniesionego środka ochrony prawnej, który wyznacza wskazanie w odwołaniu kwestionowanej czynności. Ewentualnej nietrafności argumentacji nie można bowiem z góry przesądzać, odrzucając wniesiony środek ochrony prawnej, jakim jest odwołanie z przyczyn formalnych, opartych na kwalifikacji kwestionowanej czynności wbrew treści odwołania. Z tego względu nie dopatrzone zostały podstawy do odrzucenia odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Czynność Zamawiającego kwestionowana w odwołaniu miała miejsce w dacie 21 stycznia 2011r., zaś odwołanie złożono w dniu 28 stycznia 2011r., co oznacza że zachowano, wymagany treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, termin do wniesienia odwołania.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, uznać należało, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Spór niniejszej sprawy osadzony jest w brzmieniu postawionego warunku w zakresie dysponowana osobą na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa. Zgodnie z brzmieniem tego warunku, osoba dedykowana na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa musiała posiadać następujące doświadczenie zawodowe:

- *minimum 3 lata na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych,*
- *obsługa – w ramach trzyletniego doświadczenia przy realizacji robót drogowych - co najmniej 2 robót budowlano – montażowych;*
- *łączna wartość robót budowlano – montażowych co najmniej 50 000 000 zł (brutto).*

Dostrzeżenia dalej wymaga, że sposób wykazania tego warunku został narzucony przez Zamawiającego w sposób sztywny, nie dający wykonawcom swobody w zakresie prezentacji spełniania tego warunku:

- wykonawcy obowiązani byli złożyć Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, potwierdzających jednocześnie spełnienie warunku określonego przez Zamawiającego (formularz „Potencjał kadrony” – zał. nr 3 do oferty) opatrzonej informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczeniem Wykonawcy, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

- w opracowanym przez Zamawiającego formularzu „Potencjał kadrony”, wyraźnie narzucono treść informacji, niejako wymuszając od wykonawców podanie w odpowiednich miejscach wymaganych informacji. Dodatkowo, w rozdziale X pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowiono, iż *oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie załączników do niniejszej SIWZ, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.* W formularzu, w odniesieniu do Inspektora ds. materiałowych – technologa, wydzielono dwa identycznie brzmiące punkty, w których w odpowiednich pozycjach należało umieścić wymagane informacje:

1) OD _____ DO _____ STANOWISKO: _____

ZAMAWIAJĄCY _____

OPIS ROBÓT ORAZ WARTOŚĆ: _____

KWALIFIKACJE ZAWODOWE: _____

2) OD _____ DO _____ STANOWISKO: _____

ZAMAWIAJĄCY _____

OPIS ROBÓT ORAZ WARTOŚĆ: _____

KWALIFIKACJE ZAWODOWE: _____

Wykazanie dysponowania osobą oraz spełniania przez kandydata na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa wymaganego doświadczenia miało się zatem odbyć w granicach wyznaczonych treścią formularza „Potencjał kadrony”, za pomocą wypełnienia

właściwych jego pozycji odpowiednio odnoszących się do różnych elementów postawionego wymagania w zakresie doświadczenia. Dostrzeżenia w tym miejscu zatem wymaga, iż poszczególne pozycje opisu przewidzianego dla stanowiska Inspektora ds. materiałowych – technologa odpowiadają właściwym elementom postawionego warunku: wskazane w formularzu czasokresy – wymaganiu trzyletniego doświadczenia na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych; stanowisko – wymaganiu odnoszącemu się do zajmowania podobnego stanowiska przy realizacji robót drogowych; opis robót oraz wartość – wykazaniu obsługi co najmniej 2 robót budowlano – montażowych oraz ich łącznej wartości co najmniej 50 000 000 zł brutto. W odniesieniu do osoby na stanowisko Inspektora ds. materiałowych – technologa nie było wymagane przez Zamawiającego posiadanie szczególnych kwalifikacji i uprawnień [odmiennie niż wobec wymienionych w rozdziale VI, pkt 1.3 ppkt 1) – 7 oraz 9 inspektorów nadzorów robót drogowych, mostowych, instalacyjno – sanitarnych, instalacyjno – inżynierskich w branży elektrycznej, instalacyjno – inżynierskich w branży teletechnicznej, robót kolejowych, robót konstrukcyjno – budowlanych [rozbiórki], a także geodety i specjalisty ds. rozliczeń budowlanych i kosztorysowania], zatem w tym zakresie, jakkolwiek formularz zawiera pozycję *Kwalifikacje zawodowe* wskazywanie posiadanych uprawnień i kwalifikacji mogło mieć znaczenie jedynie informacyjne, niezwiązane z wykazaniem postawionego warunku.

Taki wniosek wynika z zestawienia treści postawionego warunku [rozdział VI pkt 1.3 ppkt 11) specyfikacji istotnych warunków zamówienia] z brzmieniem formularza *Potencjał kadrowy*, za pomocą którego ten warunek jest wykazywany.

Potwierdza to także treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 24 listopada 2010r., w którym Zamawiający wyraźnie podał w odniesieniu do załączonego do oferty Odwołującego wykazu *Potencjał kadrowy*, iż dla osoby wskazanej na stanowisko Inspektor ds. materiałowych – technolog nie wykazano 3 - letniego doświadczenia zawodowego na danym stanowisku pracy. Nie został spełniony warunek obsługi robót budowlano – montażowych o łącznej wartości, co najmniej 50 000 000 zł [brutto]. Treść tego wezwania jednoznacznie wskazuje, jakie braki w zakresie wykazania spełnienia spornego w sprawie warunku dostrzegł Zamawiający. Braki te dotyczyły dwóch niezależnych kwestii: 3 letniego doświadczenia na danym stanowisku a także łącznej wartości robót budowlano – montażowych. Dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wskazują, iż Odwołujący właściwie zrozumiał, czego dotyczyły niedoskonałości uprzednio złożonego dokumentu stanowiącego wykaz osób [wypełniony formularz *Potencjał kadrowy*] – skoro zmiany dokonane w złożonym następnie wykazie osób dotyczyły łącznej wartości wykazanych dwóch robót [poprawiono dla zadania 1

„Budowa Małej obwodnicy Gostynina etap I” podaną wcześniej wartość robót budowlano – montażowych dopisując jedną cyfrę, co dało kwotę 37 308 880,98 PLN] oraz okresów podanych w formularzu, uzupełniając w stosunku do wcześniejszego wykazu informacje z dokładnością już nie co do miesiąca ale co do dnia. Okoliczność, że Odwołujący w ramach uzupełnienia dokumentu, w nawiązaniu do tej części wezwania, która wskazywała na niewykazanie w odniesieniu do osoby przewidywanej na stanowisko Inspektora ds. materiałowych - technologa trzyletniego okresu doświadczenia zawodowego na danym stanowisku dokonał zmian w formularzu, polegających na doprecyzowaniu uprzednio podanych dat wskazuje, iż Odwołujący niespełnienie wskazanego warunku trafnie upatrywał właśnie w podanych w formularzu czasokresach dwóch wskazanych przez siebie robót. Powyższe czyni zasadnym wniosek, iż Odwołujący właściwie wyczytał intencje Zamawiającego w zakresie postawionego warunku, to jest, że nie chodziło, wbrew argumentacji Odwołującego zaprezentowanej na rozprawie, o trzy lata doświadczenia zawodowego w odniesieniu do realizacji robót drogowych oraz trzy lata w robotach budowlano-montażowych o łącznej wartości co najmniej 50 mln zł, a o doświadczenie trzyletnie przy realizacji robót drogowych, w ramach którego zawierają się co najmniej dwie roboty budowlano – montażowe o wartości 50 mln zł. Nie negując zatem zasadności argumentacji Odwołującego w odniesieniu do możliwości różnego rozumienia postawionego warunku dostrzeżenia wymagało, że Odwołujący wywiódł ze wskazanego warunku właściwy wniosek, iż wymaganie dotyczące trzech lat doświadczenia odnosi się do zajmowania stanowiska Inspektora ds. materiałowych - technologa w robotach drogowych.

Kształt postawionego warunku na obecnym etapie postępowania nie może być kwestionowany: termin na wniesienie odwołań w zakresie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także ogłoszenia [dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia lub zamieszczenia specyfikacji] już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej

- jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Dalej dostrzeżono, że o ile argumentacja Odwołującego co do możliwości różnego rozumienia spornego w sprawie warunku znajduje pewne podstawy, to jednak sam Odwołujący wykazał, że Jego zarzuty osadzone są nie w ewentualnym rozumieniu wymagania z osobna trzech lat doświadczenia w robotach drogowych i z osobna trzyletniego doświadczenia w robotach budowlano-montażowych o łącznej wartości co najmniej 50 mln zł, ale w sposobie wykazania trzyletniego doświadczenia w zakresie robót drogowych.

Bezsporne zatem w sprawie było, że Zamawiający wymagał trzyletniego doświadczenia na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych, i że właśnie to doświadczenie nie zostało wykazane. Potwierdziło to wezwanie do uzupełnienia dokumentu, wskazujące na niewykazanie w pierwotnie złożonym wykazie *Potencjał kadrony* trzyletniego doświadczenia na danym stanowisku pracy [Inspektora ds., materiałowych - technologa]. Skoro Odwołujący odpowiadając na wezwanie dokonał korekty uprzedniego wykazu, poprzez precyzyjne wskazanie dat, to zasadnym w tych okolicznościach jawi się wniosek, iż Odwołujący wykazania trzyletniego okresu doświadczenia zawodowego na podobnym stanowisku [Inspektor ds. materiałowych - technolog], o którym mowa w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, trafnie upatrywał w tej części formularza, która zawiera wyszczególnienie okresów doświadczenia określonych datami.

Okoliczności, że w wyniku podania takich dat w przypadku obu wykazanych robót a następnie ze sumowania okresów z nich wynikających nie uzyskuje się łącznego okresu trzech lat doświadczenia nie może konwalidować zawarte w dalszej części wykazu stwierdzenie o treści: *Kwalifikacje zawodowe: Posiada 3 letnie doświadczenie na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych.*

Wbrew zatem twierdzeniu Odwołującego, powodem uznania za niespełniony warunku w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Inspektora ds., materiałowych – technologa było nie zaprezentowanie w niewłaściwej formie trzyletniego doświadczenia [wykazanie go w innej pozycji formularza *Potencjał kadrony* aniżeli należało] ale zliczenie dwóch podanych przez Odwołującego czasokresów, które dało łączny okres doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora ds., materiałowych – technologa krótszy aniżeli wymagane trzy lata. W metodologii sumowania tego okresu przyjętej przez Zamawiającego, zakładającej uwzględnienie okresu pokrywającego się w odniesieniu do obu wykazanych robót tylko raz [okres od 12 listopada 2007r. do 30 listopada 2007r.] uzyskano bowiem okres doświadczenia równy 34 miesiące i 23 dni. Nawet gdyby przyjąć korzystniejszy dla Odwołującego mechanizm liczenia tego doświadczenia, polegający na uwzględnieniu z osobna wykazanych doświadczeń [a zatem obejmujący również nieuwzględnione

przez Zamawiającego 18 dni], nie zostanie spełniony warunek trzech lat doświadczenia w zakresie robót budowlanych. W okolicznościach wykazania łącznego doświadczenia w wymaganej przez Zamawiającego pozycji dotyczącej okresów zajmowania stanowiska Inspektora ds. materiałowych – technologa krótszego aniżeli wymagane trzy lata, nie sposób było uznać, iż spełnienie tego warunku nastąpiło poprzez zawarcie w pozycji *Kwalifikacje zawodowe* informacji o treści: *Posiada 3 letnie doświadczenie na podobnym stanowisku przy realizacji robót drogowych*. Powyższe oświadczenie pozostaje bowiem w sprzeczności z wcześniej, szczegółowo – za pomocą konkretnych dat wykazany okresem zajmowania wymaganego stanowiska.

Niezgodność ta – wbrew argumentacji zawartej w odwołaniu, nie podlega wyjaśnieniu z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie wyjaśnienie, wbrew wyraźnemu brzmieniu formularza *Potencjał kadrony* złożonego w ofercie a następnie uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego zmierzałoby do zmiany treści złożonego dokumentu, w istocie stanowiłoby przywrócenie Odwołującemu uprawnienia do uzupełnienia dokumentu i poprawienia błędów oferty. Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że powszechnie przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty]. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Dopuszczenie zatem do możliwości wyjaśnienia uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokumentu który wyraźnie nie potwierdza spełniania postawionego warunku, w sposób zmierzający do sanowania występujących w nim niedoskonałości, tak by potwierdził spełnienie warunku, może być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, zmierzające do

zastąpienia wykonawcy w realizacji obowiązku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tak argumentując, Krajowa Izba Odwoławcza, nie dopatrując się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oddaliła odwołanie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Przewodniczący: