

WYROK

z dnia 15 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Coprosa Polska Sp. z o. o., Construcciones Y Promociones Coprosa S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku opisanego w rozdziale 1 ppkt 8.1.4 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót/inspektora nadzoru, dokonanie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Coprosa Polska Sp. z o. o., Construcciones Y Promociones Coprosa S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie**na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Coprosa Polska Sp. z o. o., Construcciones Y Promociones Coprosa S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie**kwotę **23600 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28 b, 10-602 Olsztyn, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 521 na odcinku granica województwa - Susz od km 25+448 do km 29+198*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 22 sierpnia 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 1 września 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Coprosa Polska sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Domaniewska 37, 02-672 Warszawa, Construcciones Y Promociones Coprosa SA C/Doctor A. M. 8; 5; 33-005 Oviedo (Asturias), Hiszpania (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2014 roku, dotyczącej wyboru oferty wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie 24 ust. 2 pkt 4 PZP oraz art. 24 ust. 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Skanska z postępowania i odrzucenia oferty tego podmiotu pomimo, iż podmiot ten nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (i) dysponowania osobą posiadającą wymagane doświadczenie do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych (wskazaną w załączniku nr 3 oraz 3b do oferty tego wykonawcy) oraz (ii) dysponowania potwierdzeniem należytego wykonania robót budowlanych wskazanych w załączniku nr 5 do oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz wykluczenia wykonawcy Skanska z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP i odrzucenia jego oferty,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wykazał posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP.

Odwołujący podkreślił, że oferta odwołującego zdobyła drugą w kolejności liczbę punktów w przeprowadzonej w postępowaniu ocenie ofert. Pierwsze miejsce w ww. rankingu punktacji zajęła natomiast kwestionowana przez odwołującego oferta wykonawcy Skanska. Tym samym ma zatem interes w zaskarżeniu dokonanego w postępowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty - jeżeli bowiem odwołanie niniejsze okazałoby się skuteczne, a wykonawca Skanska wykluczony z postępowania zgodnie z żądaniem odwołania, zamówienie zostałoby udzielone właśnie odwołującemu, co jest zgodne z jego interesem.

Zdaniem odwołującego, jest on legitymowany do wniesienia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie dotyczące dokonanego w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż zaskarżone czynności zamawiającego bezpośrednio oddziałują na sferę jego praw i uzasadnionych interesów gospodarczych,.

Zamawiający, dnia 2 września 2014 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 3 września 2014 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa.

Zamawiający, dnia 11 września 2014 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący 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, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W ocenie Odwołującego wykonawca Skanska nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a zatem powinien być z niego wykluczony, a jego oferta odrzucona. Podkreślić bowiem należy, iż zgodnie z obowiązującą w Postępowaniu SIWZ, wykonawca powinien wykazać się dysponowaniem osobą mogącą pełnić funkcję Kierownika robót drogowych, posiadającą co najmniej 4 - letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy, kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru, w co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót drogowych nie mniejszej niż 10 000 000 PLN netto. W załącznikach nr 3 i 3b do swojej oferty wykonawca Skanska na stanowisko Kierownika robót drogowych wskazał p. (...), wskazując, iż dysponuje on doświadczeniem z lat 2007 - 2013. Z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa wynika, że p. (...) jest członkiem Izby i posiada ubezpieczenie OC od 1 stycznia 2009 roku, Nie spełnia natomiast tego warunku przed ww. datą (świadczą o tym odpowiednio słowa „Tak” i „Nie” przy wskazanych na wydrukach datach). W konsekwencji wykonawca Skanska nie może wskazywać prac z okresu sprzed 1 stycznia 2009 roku, jako wchodzących w zakres wymaganego doświadczenia p. (...), czego dokonano w punkcie 1 i 2 załącznika numer 3b do oferty tego wykonawcy. W okresie przed 1 stycznia 2009 roku osoba ta nie dysponowała bowiem wymaganymi uprawnieniami, przynależnością do izby i ubezpieczeniem OC, a zatem nie mogła sprawować omawianych funkcji. W konsekwencji projekty podane w punktach 1 i 2 załącznika numer 3b do oferty Skanska nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu obowiązujących w Postępowaniu. Przedstawione przez tego wykonawcę doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika robót drogowych nie obejmują zatem wymaganych 48 miesięcy, a jedynie 42 miesiące, co jest niezgodne z SIWZ. Dodatkowo wbrew obowiązującej w Postępowaniu SIWZ wykonawca Skanska nie wskazał, który z projektów wymienionych w załączniku numer 3 b do oferty spełnia wymóg wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 10 000 000 PLN netto, Okoliczność ta uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie także faktu czy warunek wartości danego projektu referencyjnego został spełniony przez Skanska czy też nie. Ponadto przedłożone przez wykonawcę Skanska referencje wydane przez GDDKiA Oddział w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2012 roku dotyczące prac wskazanych w załączniku nr 5 do oferty, nie odpowiadają treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu. Zgodnie bowiem z punktem 9.1 ppkt 2) SIWZ referencje powinny określać „czy roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Tymczasem w treści ww. referencji stwierdzono jedynie, iż roboty „zostały wykonane i odebrane”. Nie wskazano jednak czy prace te wykonano w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo.

Podkreślić przy tym należy, iż w praktyce często zdarza się, iż zamawiający dokonują odbioru prac, zgłaszając jednocześnie uwagi do sposobu ich wykonania i wyznaczając termin na usunięcie stwierdzonych usterek, Samo stwierdzenie zamieszczone w omawianych referencjach, że prace zostały odebrane, nie w każdym przypadku może potwierdzać zatem, że jakość ich wykonania była należyta. Referencje te nie potwierdzając zatem spełnienia przez wykonawcę Skanska warunku udziału w postępowaniu, są ponadto niezgodne z obowiązującą SIWZ.

W opisaney powyżej sytuacji faktycznej wykonawca Skanska powinien zostać wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona, gdyż nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu. Jak bowiem wskazują przedstawiciele doktryny, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie obejmuje więc dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków. Z taką sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy Skanska.

Zamawiający stwierdzając, że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania, obowiązany jest czynności tej dokonać. O wykluczeniu zamawiający informuje wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu tej czynności, podając uzasadnienie prawne (wskazując odpowiedni przepis ustawy) oraz faktyczne okoliczności, które wypełniają przesłankę wykluczenia.

Podobnie kwestię tę ujmuje Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzecznictwie. Wskazuje się bowiem, iż jeżeli na etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Okoliczność powodująca obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia może pojawić się na każdym etapie postępowania, a zamawiający w takim przypadku jest zobowiązany do rzetelnego zbadania powstałych wątpliwości.

W świetle powyższego należy uznać, iż wbrew ustawowemu obowiązkowi, a także jednoznacznym poglądom doktryny i orzecznictwu, Zamawiający zaniechał wykluczenia z Postępowania wykonawcy Skanska, będącego podmiotem niespełniającym warunków udziału w Postępowaniu, Zaniechanie to nie zasługuje na ochronę prawną, a zatem Odwołujący zmuszony był wystąpić z niniejszym odwołaniem do KIO.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzutu Odwołującego w zakresie wykazania przez wykonawcę dysponowania osobą mogącą pełnić funkcję Kierownika robót drogowych, posiadającą co najmniej 4-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy, kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru, w co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót drogowych nie mniejszej niż 10 000 000 PLN netto.

Wyłoniony wykonawca przedłożył wraz z ofertą Załącznik nr 3b, który dotyczył potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2014 r., KIO 970/14 mówi, iż przepis art. 22 ust. 5 PZP nie stanowi normy ius cogens nakładającej na zamawiającego bezwzględny obowiązek weryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na roboty budowlane w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności czy doświadczenia. Zdanie drugie tego przepisu stanowi o uprawnieniu Zamawiającego do weryfikacji tych okoliczności, ale nie o bezwzględnym obowiązku.

Zamawiający przykłada szczególną uwagę do wymaganych od wykonawców oświadczeń oraz dokumentów, gdyż nieprawidłowości wynikające z naruszenia art. 25 ust. 1 PZP powodują naliczenie korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE. Oświadczenie dotyczyło p. (...), kandydata na kierownika robót drogowych. Złożone oświadczenie było sporządzone w sposób jednoznaczny, potwierdzając w pełni żądane przez Zamawiającego informacje, w związku z czym Zamawiający uznał je za prawidłowe.

Zamawiający, w przypadku otrzymania przez wykonawców dokumentów niebudzących wątpliwości nie weryfikuje zgodności z prawdą oświadczeń wybranych wykonawców, ponieważ mogłoby to powodować naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający, w trakcie oceny złożonych ofert nie miał podstaw do wykluczenia wyłonionego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

Zarzut Odwołującego w zakresie nie wskazania przez wykonawcę Skanska S.A., który z projektów wymienionych w załączniku numer 3b do oferty spełnia wymóg wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 10 000 000 PLN netto.

Wyłoniony wykonawca Skanska S.A., w załączniku nr 3b do Instrukcji dla Wykonawcy w kolumnie drugiej zamieszczonej tabeli „Opis zadań potwierdzających spełnienie wymogu”, wskazał 5 inwestycji, w których pełnił funkcję kierownika robót/budowy. Pomimo tego, iż Skanska S.A. nie wskazała w ww. załączniku kontraktu, którego wartość robót budowlanych przekracza kwotę 10 000 000 PLN, to Zamawiający posiadał wiedzę w tym zakresie. Skanska S.A. ubiegając się o udzielenie przez Zamawiającego odrębnego od niniejszej sprawy zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o nr referencyjnym ZDW/NZP-2/3220/2/2013 pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 521 na odcinku Susz - Iława” przedłożyła załącznik, w którym wskazuje realizację m.in. inwestycji pn. Przebudowa drogi krajowej nr 15 odcinek Brzozie Lubawskie - Nielbark od km 313+800 do km 318+400. Skanska S.A. zamieściła w załączniku wartość robót drogowych na kwotę 12 232 820,23 PLN netto. Kierownikiem przedmiotowych robót drogowych był p. (...). Dokładnie ta sama inwestycja została zamieszczona w załączniku 3b składanym w ramach zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2008 r., KIO/UZP/978/08 Izba wskazała, że należy zwrócić uwagę na art. 15 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Procedura skorzystania z dokumentów wewnętrznych, które zostały wystawione przez danego zamawiającego mieści się w pojęciu „prowadzenia postępowania”. Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz w poszanowaniu prawdy materialnej - wynikającej z całokształtu wiedzy zamawiającego, a nie tylko z dokumentów złożonych w danym postępowaniu. Zatem w granicach pojęcia „przeprowadzenie postępowania” mieści się procedura skorzystania z dokumentów wewnętrznych, będących w posiadaniu Zamawiającego.

Zarzut odwołującego, iż przedłożone przez Wykonawcę Skanska S.A. referencje wydane przez GDDKiA Oddział w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2012 roku dotyczące prac wskazanych w załączniku nr 5 do oferty, nie odpowiadają treści SIWZ obowiązującej w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W zakresie wiedzy i doświadczenia, sam sposób, w jaki Zamawiający może żądać wykazania spełnienia tych wymagań, określony został w ww. Rozporządzeniu. Na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Skanska S.A. przedłożyła referencje wydane przez GDDKiA Oddział w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2012 roku. W treści owych referencji zamieszczony został zapis, iż „roboty zostały wykonane i odebrane”. W trakcie postępowania o zamówienie publiczne do Zamawiającego należy ostateczna ocena, czy dany dokument jest wystarczającym potwierdzeniem prawidłowego wykonania inwestycji wskazywanej jako doświadczenie wykonawcy. W niniejszej sprawie zostały przedłożone referencje, które nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, w zakresie zamieszczonej treści. W tym samym zakresie swoje stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 30 września 2011 r. (KIO 1992/11 oraz KIO 2004/11) zaznaczając, że dokument o nazwie „Referencje”, to jest dokument odczytywany z powodu samej nazwy jako dokument potwierdzający zadowolenie inwestora z wykonanych robót, a nie wzywający do usunięcia usterek. Natomiast w wyroku z dnia 23 września 2009 r. (KIO/UZP 1158/09) Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż sam fakt potwierdzenia wykonania określonych prac stanowi wyraz poświadczenia, że zostały one wykonane z odpowiednią starannością, w sposób co najmniej należyty, dlatego w treści „referencji” nie wymaga się żadnych ściśle określonych wyrażeń o pozytywnym zabarwieniu.

Zamawiający zaznacza, iż Skanska S.A. niejednokrotnie została wyłoniona przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, jako Wykonawca robót budowlanych. Skanska S.A. wszelkie zobowiązania na rzecz Zamawiającego wykonywała w sposób należyty, z zasadami sztuki budowlanej. Zamawiający jest w posiadaniu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie poprzednich zamówień. Przytaczając opisany wyżej Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2008 r., KIO/UZP/978/08 Zamawiający może korzystać podczas procedury przetargowych z dokumentów wewnętrznych. Nie ma zatem przeszkód, aby Zamawiający skorzystał z wiedzy, którą pozyskał poza prowadzonym aktualnie postępowaniem i uznał dany dokument, mimo niewskazania w nim istotnych dla danego postępowania informacji.

Przedstawione wyżej argumenty potwierdzają, iż Zamawiający dochował wszelkiej staranności podczas wyboru najkorzystniejszej oferty i przeczą tym samym tezie Odwoływającego, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP oraz art. 24 ust. 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Skanska S.A. z Postępowania i odrzucenia oferty tego podmiotu.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

W ocenie KIO zarzuty odwołującego są częściowo zasadne, a uwzględniony zarzut ma lub może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż w przypadku, gdy przystępujący nie uzupełni wskazanego dokumentu, lub będzie on błędny (wadliwy) skutkować to będzie wykluczeniem tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Tym samym wypełniła się przesłanka określona przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do wymogów stawianych wykonawcom w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie kierownika robót drogowych, zgodnie z tomem I, rozdziałem 1, ppkt 8.1.4. lit. „b” s.i.w.z., wymagał, w zakresie wymagań dotyczących kierownika robót drogowych, posiadania odpowiednich kwalifikacji, tj. posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, wydanych na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa, tj. zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013.1409 t.j. z późn. zm.). Zamawiający dopuścił uprawnienia odpowiadające uprawnieniom budowlanym wskazanym w warunku, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej z zastrzeżeniem art. 12a, a także innych przepisów ustawy Prawo Budowlane, oraz ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r. Nr 63, poz. 394 z późn. zm.).

Opisując warunek dotyczący doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót drogowych, zamawiający żądał wylegitymowania się doświadczeniem zawodowym, tj. osoba wskazana na stanowisko kierownika robót drogowych musiała posiadać, co najmniej 4-letnie doświadczenie w realizacji robót drogowych na stanowisku w kierownika budowy/ kierownika robót/ inspektora nadzoru, w tym doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu budową albo robotami drogowymi, na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót drogowych nie mniejszej niż 10 000 000 PLN netto. Wymogi w zakresie posiadanego doświadczenia w realizacji robót drogowych dla ww. osoby, która zdobyła 4-letnie doświadczenie poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej zostaną uznane za spełnione, jeśli ww. osoba posiada doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu budową albo robotami drogowymi, na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót drogowych nie mniejszej niż 10 000 000 PLN netto.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego, iż z treści ww. warunku wynika, że zamawiający wymagał, aby kierownik robót drogowych posiadał doświadczenie na stanowiskukierownika budowy i/lub kierownika robót i/lub

inspektora nadzoru i nie wymagał (nie nakładał obowiązku) legitymowania się przez wskazywaną przez wykonawcę osobę pełnieniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, a jedynie posiadaniem faktycznego doświadczenia na stanowisku kierownika budów i/lub kierownika robót i/lub inspektora nadzoru.

Podnieść bowiem należy, że ustawa - Prawo budowlane w art. 12 wskazuje, kto może pełnić samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. (ust. 1) Za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą:

- 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego;
- 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi;
- 3) kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów;
- 4) wykonywanie nadzoru inwestorskiego;
- 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych.

(ust. 2) Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w ust. 1 pkt 1–5, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego.

Przepis art. 12 ust. 6 ww. ustawy stanowi, iż osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie są odpowiedzialne za wykonywanie tych funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz za należytą staranność w wykonywaniu pracy, jej właściwą organizację, bezpieczeństwo i jakość.

Ustęp 7 cytowanego przepisu wskazuje, że podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a, oraz – zgodnie z odrębnymi przepisami – wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności.

Z kolei ustawa z dnia 15 grudnia 2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz.U. 2001 nr 5 poz. 42), w art. 6 precyzyjnie stanowi, iż (ust. 1.) Prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. (ust. 2) Członek izby samorządu zawodowego podlega obowiązkowi

ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody, które mogą wyniknąć w związku z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Jak wynika z dowodów przedstawionych do akt postępowania odwoławczego, p. (...), decyzją z dnia 20 czerwca 2007 roku, wydaną przez Okręgową Izbę Kwalifikacyjną Kujawsko-Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa uzyskał „Uprawnienia budowlane” o numerze ewidencyjnym KUP/0046/OWOD/07 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej.

Ponadto p. (...), decyzją z dnia 12 lipca 2007 roku, wydaną przez Główny Inspektorat Nadzoru Budowlanego (DRS/INN/600/436/07), został wpisany do Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane – pod pozycją 2003/07/U/C.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa wynika, że p. (...) jest członkiem Izby i posiada ubezpieczenie OC od 1 stycznia 2009 roku (dowód zgłoszony przez odwołującego -wydruki ze strony internetowej Polskiej Izby inżynierów Budownictwa). Dowodu przeciwnego zamawiający i przystępujący nie zgłosili.

W konsekwencji przystępujący nie mógł wskazywać prac z okresu sprzed 1 stycznia 2009 roku, jako wchodzących w zakres wymaganego doświadczenia p. (...), czego dokonano w punkcie 1 i 2 załącznika numer 3b do oferty tego wykonawcy. W okresie przed 1 stycznia 2009 roku osoba ta nie legitymowała się przynależnością do Izby i ubezpieczeniem OC, a zatem nie mogła sprawować omawianych funkcji, a obowiązek taki wynika wprost z art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że nie jest możliwe do przyjęcia stanowisko, które prezentował zamawiający i przystępujący, które upoważnia do legitymowania się doświadczeniem w pełnieniu określonych funkcji (stanowisk) bez posiadania ku temu stosownych uprawnień. Skoro bowiem p. (...), nie przynależał do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, jako osoba wykonująca samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i nie był ubezpieczony, to nie może następnie powoływać się na doświadczenie wykonywania określonych funkcji, niejako wbrew prawu. Analogicznie bowiem można przyjąć, że osoba pełnoletnia, która od określonego czasu prowadzi pojazdy mechaniczne, nie posiadając ku temu uprawnień, może następnie to doświadczenie przedstawiać, jako nabyte. Istotne jest bowiem, aby doświadczenie było nabywane w zgodzie z posiadanymi uprawnieniami, aby mogło ono być następnie prezentowane i akceptowane.

Izba nie stwierdziła, że postanowienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisane w warunku z pkt 8.1.4 lit b, były niejasne czy nieprecyzyjne. Skoro bowiem zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w określonym zakresie, tj. przy

pełnieniu określonych funkcji, to tylko doświadczenie wypełniające to żądanie ale jednocześnie pozostające w zgodzie z ustawą Prawo budowlane i ustawy o samorządach zawodowych będzie mogło potwierdzić stosowne doświadczenie.

Ponadto, Izba zwraca uwagę, że należyta staranność w dokonywaniu czynności w postępowaniu, objawia się również przez stosowną reakcję na działania wykonawców. Wskazać bowiem należy, że każdy z wykonawców na każdym etapie postępowania może wykonywać czynności skierowane na ochronę jego interesów, a związane z możliwością uzyskania zamówienia publicznego. W odniesieniu do takich działań zamawiający musi podejmować stosowne decyzje, nie może pozostawać obojętny. Reakcja zamawiającego prowadzi bowiem do zagwarantowania fundamentalnej zasady równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba nie uwzględniła zarzutów odwołującego dotyczących braku wskazania wartości kontraktu, czy rzekomo wadliwej treści przedłożonych referencji, przyjmując, iż w tym zakresie odwołujący nie udowodnił, że kwestionowane dokumenty są wadliwe, co do meritum, podnosząc jedynie ich niewłaściwość, co do formy. Należy bowiem wskazać, że odwołujący winien udowodnić, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, iż kwestionowane roboty nie zostały wykonane należycie, czy wartość ich nie odpowiadała wartości opisanej w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności przedstawione w odwołaniu (w zakresie omawianych zarzutów). W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, przyjmując za zasadne dowody zgłoszone przez przystępującego, opisane w piśmie przystępującego (*wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 24.11.2011 r. wraz z załącznikiem, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 25.11.2011 r. wraz z załącznikiem, oferta Skanska S.A. z dnia 27.08.2013 r. wraz z załącznikiem, oferta Skanska S.A. z dnia 07.12.2012 r. wraz z załącznikiem, oferta Skanska S.A. z dnia 17.10.2012 r. wraz z załącznikiem, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na zadanie „Budowa Obwodnicy Północnej w Iławie” z dnia 31.07.2009 r., ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na zadanie Przebudowa drogi Majowej nr 15 odcinek Brzozie Lubawskie - Nielbark od km 313+800 do km 318+400, uzupełnienie referencji GDDKiA z dnia 09.09.2014 r.*)

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

Przewodniczący: