

Sygn. akt: KIO/UZP 399/09

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Anna Majstrowicz
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: P.P.U.H. WATEX Sp. z o.o., LOGSTOR Ror Polska Sp. z o.o., EKO-TERM A. Pękalski B. Rękas Sp. j., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., w Krakowie, 30-969 Kraków, al. Jana Pawła II 188** protestu z dnia 09 marca 2009r.¹

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o., PIP INSBUD Pitala Grabski Sp.j., 66-300 Międzyrzecz, ul. Zakrzewskiego 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o., Energoterm Toruń Development Sp. z o.o., 87-100 Toruń, ul. Płaska 4-10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., w Krakowie, 30-969 Kraków, al. Jana Pawła II 188** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: P.P.U.H. WATEX Sp. z o.o., LOGSTOR Ror Polska Sp. z o.o., EKO-TERM A. Pękalski B. Rękas Sp. j., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., w Krakowie, 30-969 Kraków, al. Jana Pawła II 188** na rzecz **Konsorcjum: P.P.U.H. WATEX Sp. z o.o., LOGSTOR Ror Polska Sp. z o.o., EKO-TERM A. Pękalski B. Rękas Sp. j., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: P.P.U.H. WATEX Sp. z o.o., LOGSTOR Ror Polska Sp. z o.o., EKO-TERM A. Pękalski B. Rękas Sp. j., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Roboty budowlano-montażowe z dostawą materiałów w zakresie wymiany sieci ciepłowniczych wysokoparametrowych w roku 2009 -Zadanie 03.6 - w ramach projektu Funduszu Spójności numer 2004IPL/16/C/PE/006 p.n. "System ciepłowniczy miasta

Krakowa". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w poz. 2009/S 3 – 003302 w dniu 7 stycznia 2009 r.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1 złożonej przez Konsorcjum: Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. i PIP INSBUD Pitala Grabski Sp. j. (zwane dalej Konsorcjum ZPU Międzyrzecz) i w pakiecie nr 2 złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. i Energoterm Toruń Development Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Energoterm) w dniu 27 lutego 2009 r.

Konsorcjum PUH "WATEX" Sp. z o.o., LOGSTOR Ror Polska Sp. z o.o. i „EKO-TERM" A. Pękalski B. Rękas Sp. j. wniosło protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 22 ust. 4, art. 91 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 5, 8 w związku z art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ZPU Międzyrzecz oraz Konsorcjum Energoterm i zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców z powodu niezgodności treści oferty z ustawą PZP oraz z treścią IDW.

W proteście odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert, wykluczanie wykonawców z postępowania oraz odrzucenie ofert Konsorcjum ZPU Międzyrzecz oraz Konsorcjum Energoterm i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum WATEX jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum ZPU Międzyrzecz w załączniku nr 3 wskazało 3 osoby przewidziane do wykonania zamówienia na stanowisku kierownika budowy, które nie legitymują się, wymaganym przez zamawiającego, co najmniej 5 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy:

Pan Marek O. – posiada doświadczenie w okresie od 1 marca 2007 r. do 16 lutego 2009 r., natomiast doświadczenia na stanowisku asystenta projektanta i inspektora nadzoru nie można uznać za tożsame z funkcją kierownika budowy (inny zakres czynności, obowiązków, odpowiedzialności).

Pan Jacek W. – praktyka zawodowa przed uzyskaniem uprawnień budowlanych w dniu 3 października 1994 r. nie może być zaliczona do pełnienia funkcji kierownika budowy. Zajmowane stanowiska: inżynier budowy, asystent projektanta, kierownik zespołu budów na terenie Małopolski, kierownik działu budowy rurociągów nie są tożsame z doświadczeniem w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy. Po nabyciu uprawnień osoba ta była właścicielem Biura Projektów i pełniła funkcję Prezesa Zarządu Spółki, co nie potwierdza doświadczenia w kierowaniu budową.

Pan Marian D. – nie precyzyjnie wskazano okres zatrudnienia (zapis „od 2007 – nadal”, okres zatrudnienia przed nabyciem uprawnień nie może być zaliczany do doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy. Spełniania warunku 5 - letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy nie potwierdza okres zatrudnienia na stanowisku kierownika zespołu budów, kierownika oddziału remontu i kierownika działu u zamawiającego (nadzorowanie budów). Ponadto, do oferty nie załączono listy sieci ciepłowniczych, które wykonano pod kierownictwem p. D.

Odwołujący wskazał, że zamawiający (w części pierwszej – Instrukcji dla Wykonawców) żądał, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem lub zmodernizowaniem w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 10 kilometrów sieci preizolowanej o wartości 13 000 000 PLN, w tym co najmniej 200 metrów o średnicy DN 600 mm. Konsorcjum ZPU Międzyrzecz wykazało w pozycji 3 (załącznik nr 5) budowę sieci ciepłych w Krakowie w 2006r. o nazwach: "sieć c.o. osiedle Kombatantów, osiedle Zgody, osiedle Szklane Domy, osiedle Szkolne, sieć c.o. od Kr do K1 o długości 3759,5 mb sieci". Ten sam kontrakt wykazało Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. w Toruniu oraz PRiB Poznań Sp. z o.o. działające wówczas w ramach konsorcjum. PIP INSBUD był jedynie podwykonawcą części ww. zadania i nie może się posługiwać referencjami dla zadania o większej długości niż Generalny Wykonawca. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. jako lider konsorcjum w przetargu w 2006 r w MPEC Kraków wykazało części zamówienia, które miały być zlecone podwykonawcy. Z umów zawartych w dniu 15 maja 2006 r. i 25 lipca 2006 r. pomiędzy Przedsiębiorstwem Specjalistycznym Energoterm Sp. z o.o. i PIP INSBUD Piła Grabski Sp.j. wynika, że podwykonawca wykonał inny zakres niż wskazany w ofercie. Zamawiający zupełnie pominął ten fakt w rozstrzygnięciu protestu. Zachodzi zatem podejrzenie, że oferta wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 58 k.c, a wykonawca powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podniósł także zarzuty w odniesieniu do Konsorcjum Energoterm dotyczące nie wykazania wymaganej ilości osób do pełnienia funkcji kierownika budowy, spełniających wymóg doświadczenia. Stwierdził, iż:

Pan Józef G. – posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy w okresie od 3 stycznia 1984 r. do 31 sierpnia 1987 r. Praca na stanowisku mistrz budowy i kierownik budowy nie potwierdza wymaganego doświadczenia z uwagi na brak uprawnień budowlanych w tym okresie. Dopiero dnia 3 stycznia 1984 r. uzyskał on uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy. Jednoroczna praktyka na

stanowisku koordynator budów w Przedsiębiorstwie Specjalistycznym Energoterm Sp. z o.o. nie jest tożsama z pełnieniem funkcji kierownika budowy w rozumieniu prawa budowlanego. Pan Marek M. - zatrudnienie na stanowiskach dyrektor wykonawstwa, zastępca dyrektora ds. eksploatacji nie są równoznaczne z pełnieniem funkcji kierownika budowy. Wątpliwość budzi informacja zawarta w załączniku nr 4, z której wynika, że w Przedsiębiorstwie Specjalistycznym Energoterm Sp. z o.o. zajmował on stanowisko kierownika budowy/dyrektora wykonawstwa, natomiast w dokumentacji przetargu w 2006 r. istnieje informacja, że był dyrektorem wykonawstwa, a nie kierownikiem budowy i dyrektorem wykonawstwa jednocześnie. Jest to zatem informacja nieprawdziwa, mająca wpływ na wynik postępowania. Na tej podstawie wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający określił w specyfikacji wymaganą ilość i kwalifikacje spawaczy (14 dla pakietu nr 1 i 14 dla pakietu nr 2). Z treści załącznika do oferty Konsorcjum Energoterm wynika, iż wykonawca nie dysponuje właściwą ilością spawaczy uprawnionych do spawania metodą TIG lub elektryczną. Większa ilość spawaczy przedstawionych w ofercie to spawacze z uprawnieniami do spawania gazowego. Biorąc pod uwagę zakres robót na dużych średnicach ilość spawaczy z uprawnieniami do spawania metodą TIG lub elektryczną jest zdecydowanie za mała do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący załączył do protestu stosowne wyliczenia.

Konsorcjum Energoterm w wykazie kluczowych osób przeznaczonych do wykonania zadania w grupie personel techniczny - monterzy i spawacze umieściło osoby nie spełniające postawionych przez zamawiającego wymogów. Osoby: Roman K., Wojciech G., Piotr Tomasz F., mgr inż. Zbigniew J. Adam G., Jerzy K., Paweł N., Kazimierz P., Wiesław K., Andrzej W., Piotr P. nie posiadają wymaganych uprawnień. Wszystkie wykazane wyżej osoby są pracownikami firmy Zistehnika Sp. z o.o. i legitymują się Świadectwem Egzaminu Spawacza wystawionym przez tę firmę (Zistehnika Sp. z o.o.- do 31.12.2008 r. jako ZIS, Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Robót Ogólnobudowlanych Sp. z o.o.). Osobą egzaminującą był Zbigniew B. - główny spawalnik, pracownik tej firmy. Z powyższego wynika, że wystawione świadectwa są wewnętrznymi dokumentami firmy Zistehnika Sp. z o.o. i nie są uznawane poza firmą, gdyż nie są wiarygodne. Potwierdza to fakt, że Pan Zbigniew B. jest upoważnionym egzaminatorem Instytutu Spawalnictwa w Gliwicach i gdyby Świadectwa miały być przedstawiane na zewnątrz firmy, to byłyby wystawione na drukach Instytutu Spawalnictwa w Gliwicach z podpisem egzaminatora i numerem Licencji. Zistehnika Sp. z o.o. nie figuruje w wykazie ośrodków szkolenia i egzaminowania spawaczy z atestem Instytutu Spawalnictwa w Gliwicach, ani innej powszechnie uznawanej instytucji w zakresie spawania rurociągów przesyłowych.

Konsorcjum Energoterm wykazało liczbę 12 uprawnionych spawaczy, co nie potwierdza spełnienia warunku dla Pakietu 1 - tym samym oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, a wykonawca wykluczony z mocy art. 24 ust 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu naruszył w ocenie odwołującego zasady gwarantujące równość wykonawców w dostępie do środków publicznych, zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Konsorcjum ZPU Międzyrzecz i Konsorcjum Energoterm zgłosiły przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający oddalił protest. Wyjaśnił, że Konsorcjum ZPU Międzyrzecz przedłożyło w ofercie wszystkie wymagane dokumenty, wskazując trzy osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności instalacyjnej. Dokumenty sporządzone na podstawie Załącznika nr 3 i Załącznika nr 4 są oświadczeniami, w których wykonawca stwierdził spełnianie warunków postawionych przez zamawiającego. Wykonawca przedstawił stosowne informacje zgodnie z wymaganiem zamawiającego, określając w pozycji "Doświadczenie zawodowe" w Załączniku nr 4 okres, miejsce, zatrudniającego, stanowisko, wykonane projekty oraz nabyte doświadczenie. Przedstawione w rubryce "nabyte doświadczenie" informacje jednoznacznie wskazują, że osoby te pełniły w tych okresach funkcję kierownika budowy lub robót. Podkreślił, że wymagał posiadania 5 letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, a nie na stanowisku kierownika budowy - osoba zajmująca stanowisko inne niż kierownik budowy mogła w tym samym czasie nabyć doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy.

Zamawiający uznał zarzut - nie wykazania przez wykonawcę wykonania lub modernizacji wymaganej długości sieci preizolowanej - za nieuzasadniony. Wykonawca złożył w ofercie, wykaz wykonanych robót oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. Z przedstawionych dokumentów jednoznacznie wynika, że wykonawca spełnia warunek w tym zakresie. W kwestionowanej pozycji nr 3 wykazu wykonanych robót dla Pakietu 1 wykonawca zamieścił pięć pozycji, z których jedynie trzy (sieć c.o. os. Szklane Domy, sieć c.o. os. Szkolne i sieć c.o. od Kr do K1) wchodziły w zakres zadania "Wymiana sieci wysoko i niskoparametrowych w 2006 r.", obejmującego ogółem 15 odcinków. Przedłożone w ofercie referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. zawierają oprócz wyżej wymienionych, jeszcze jedną pozycję wchodzącą w zakres ww. zadania -sieć c.o. os. Zgody, której wykonawca nie przywołał w swoim wykazie, więc nie była ona podstawą oceny spełnienia warunku. Zatem zarzut, jakoby wykonawca w sposób nieuprawniony zamieścił w wykazie i posługiwał się referencjami dla całego zadania podczas, gdy był podwykonawcą, jest całkowicie bezpodstawny.

Zamawiający podzielił pogląd wyrażony w orzecznictwie KIO, że doświadczenie niezbędne do ubiegania się o zamówienie i dające gwarancję wykonania zamówienia z należytą starannością można nabyć realizując umowy o określonym przedmiocie. Nie ma przy tym istotnego znaczenia fakt, że były one realizowane na podstawie umowy o podwykonawstwo (wyrok KIO z dnia 1 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 597/08, wyrok KIO z dnia 11 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 632/08 i wyrok KIO w sprawie do sygn. akt KIO/UZP 639/08).

Odnosząc się do zarzutu nie wykazania przez Konsorcjum Energoterm wymaganej ilości osób do pełnienia funkcji kierownika budowy, Zamawiający stwierdził, iż wykonawca złożył w ofercie wymagane dokumenty tj. wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (Załącznik nr 3), informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności (Załącznik nr 4) oraz stosowne uprawnienia budowlane i zaświadczenia o wpisie na listę członków samorządu zawodowego. Z ww. dokumentów wynika, że wymienione osoby posiadają wymagane doświadczenie. W Załączniku nr 4 wykonawca zawarł stosowne informacje wpisując: "kierowanie budowami, kierowanie robotami sanitarnymi...", "kierowanie budowami, kierowanie robotami konstrukcyjno-budowlanymi oraz sanitarnymi", „nadzorowanie, kierowanie wykonaniem budowy sieci ciepłowniczych..." wskazujące jednoznacznie, że osoby te pełniły w tych okresach funkcję kierownika budowy.

Zamawiający uznał za niezasadny zarzut nie wykazania przez wykonawcę dysponowania wymaganą ilością spawaczy o odpowiednich kwalifikacjach. Wykonawca złożył w ofercie, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (Załącznik nr 3), wskazując w nim 23 spawaczy, przedstawiając w kolumnie "kwalifikacje" oraz w Załączniku nr 4 informacje na temat ich doświadczenia oraz posiadanych uprawnień, a także załączył dokumenty potwierdzające posiadane uprawnienia tj. świadectwa spawacza. Zarzut jakoby 11 spośród tych osób nie posiadało wymaganych uprawnień zamawiający uznał za chybiony. Zamawiający wymagał przedłożenia aktualnego świadectwa spawacza uprawniającego do wykonywania połączeń spawanych rurociągów przesyłowych o średnicach DN - 25 mm i grubości materiału - 3 mm, wydanego zgodnie z normą PN-EN 287-1 :2007 lub odpowiadających im ważnych uprawnień wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Złożone Świadectwa Egzaminu Kwalifikacyjnego Spawacza wystawione przez firmę Zistehnika Sp. z o.o. zostały wystawione zgodnie ze wskazaną normą. Zawarte w nich informacje na temat zakresu uprawnień potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez zamawiającego. Przedmiotowa norma nie rozróżnia świadectw zewnętrznych i wewnętrznych, a określa jedynie sposób przeprowadzenia egzaminu. Stwierdził, że zgodnie z wykładnią Instytutu

Spawalnictwa, uprawnienia spawaczy mogą wynikać ze szkoleń i egzaminów przeprowadzonych zarówno przez instytuty jak i przez podmiot zatrudniający - gdy wymaga się, aby egzaminatorem był Główny Spawalnik. W przypadku, gdy wykonywane prace spawalnicze nie są objęte nadzorem zewnętrznym UDT, a z takimi mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, to w sytuacji udostępniania swoich pracowników innemu podmiotowi, jedynie od podmiotu przyjmującego zależy, czy będzie honorował uprawnienia wystawione przez podmiot zatrudniający. Z faktu, iż wykonawca wykazał w ofercie pracowników udostępnionych przez firmę Zistehnika Sp. z o.o. i przedłożył dla nich odpowiednie świadectwa wnioskować należy, iż uznał on uprawnienia tych osób za odpowiadające wymaganiom. Na podkreślenie zasługuje fakt, że egzaminatorem w tych przypadkach była osoba posiadająca pełne kompetencje do ich przeprowadzenia - zatrudniona w firmie Zistehnika Sp. z o.o. na stanowisku Głównego Spawalnika, posiadająca uprawnienia Europejskiego Inżyniera Spawalnika (nr dyplomu PL-EWE 1024/2005), będąca także upoważnionym egzaminatorem Instytutu Spawalnictwa w Gliwicach. Ponadto zamawiający stwierdził, że firma Zistehnika Sp. z o.o. funkcjonuje w obrocie prawnym jako następcą prawny innego podmiotu i mogła poświadczyć fakt zatrudnienia niektórych spawaczy od roku 1995. Zamawiający uznał za bezprzedmiotową analizę nakładów pracy dokonaną przez odwołującego, gdyż nie odnosi się ona do warunków postawionych w specyfikacji oraz w żadnej mierze nie wykazuje ich niespełnienia.

Od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum WATEX wniosło odwołanie. Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście oraz wniósł o nakazanie:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie - odrzucenia ofert zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5, 8 Pzp.

Odwołujący podtrzymał w całości argumentację przedstawioną w proteście, a dodatkowo wskazał, że zamawiający w rozstrzygnięciu protestu pominął regulacje wynikające z prawa budowlanego (art. 17 i art. 22 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.) Zamawiający spłycił problem uznając, iż kierowanie budowlami sieci ciepłowniczych, prowadzenie i koordynacja dużych budów, kierowanie robotami - modernizacja sieci, nadzorowanie modernizacji sieci, jest równoznaczne z pełnieniem funkcji kierownika budowy. Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje kwalifikacji tych osób w zakresie posiadanych uprawnień, natomiast wykazane doświadczenie. Wskazał, że rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych przewiduje procedurę dla osób, które mogą sprawować samodzielne funkcje techniczne. Odwołujący

podniósł również, że Konsorcjum ZPU Międzyrzecz uzupełniło dokumenty w ramach przystąpienia do postępowania, więc nie mogą one podlegać ocenie - zostały dostarczone po wyborze najkorzystniejszej oferty z inicjatywy wykonawcy, a inicjatywa w zakresie uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jest obowiązkiem zamawiającego.

Konsorcjum ZPU Międzyrzecz zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Konsorcjum Energoterm zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie obejmującym zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą tj. Konsorcjum ZPU Międzyrzecz.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w Pakiecie nr 1 mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub która podlega odrzuceniu jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący złożył ofertę na Pakiet nr 1 w przedmiotowym postępowaniu i uzyskał trzecią pozycję w rankingu ofert według kryterium: najniższa cena. Zakwestionował w proteście i odwołaniu ofertę wybraną jako najkorzystniejsza oraz drugą ofertę pod względem ceny. W przypadku potwierdzenia się podniesionych zarzutów odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Nie można podzielić podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ZPU Międzyrzecz i Konsorcjum Energoterm z uwagi na nie spełnianie przez tych wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisku kierownika budowy posiadającymi wymagane doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Jednakże uzasadniony

jest zarzut naruszenia przez zamawiającego w postępowaniu przepisu art. 7 Pzp, w szczególności poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum ZPU Międzyrzecz tj. przez wykonawcę, który na etapie dokonanej przez zamawiającego oceny ofert nie wykazał spełniania wszystkich warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Część I - Instrukcji dla Wykonawców - IDW) warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 9 IDW). W pkt 9.1 zamawiający wskazał, iż wykonawcy muszą spełniać postawione warunki, co potwierdzą poprzez złożenie stosownego oświadczenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do IDW oraz wyszczególnionych w dalszej części IDW dokumentów. W pkt 9.1.2.a zamawiający postawił warunek dysponowania przez wykonawcę osobami kluczowymi przewidzianymi do wykonania zamówienia posiadającymi kwalifikacje, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia takich osób. Wśród tych osób wskazał m.in. kierownika budowy – w pakiecie nr 1 - w ilości 4 osób, mających co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym 2 osoby posiadające uprawnienia budowlane do kierowania i nadzorowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, 2 osoby posiadające uprawnienia budowlane do kierowania i nadzorowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający zażądał przedłożenia wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do IDW oraz dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień budowlanych i zaświadczenia wydanego przez właściwą izbę samorządu zawodowego poświadczającego wpis na listę członków tej izby wraz z określeniem terminu ważności.

Wykonawcy: Konsorcjum ZPU Międzyrzecz jak i Konsorcjum Energoterm złożyli w ofertach oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w którym potwierdzili m.in. fakt posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie podlegają

wykluczeniu z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 – 2 Pzp.

Obaj wykonawcy złożyli w ofertach wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wskazując ilości osób na poszczególnych stanowiskach zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z treścią wzoru (Załącznik nr 3) wykonawcy wskazując osoby musieli podać imię i nazwisko, zakres wykonywanych czynności, kwalifikacje i ewentualnie inne informacje. Informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia osób wskazanych w wykazie, wykonawcy złożyli na formularzu – załącznik nr 4. Ww. wzór informacji zawiera oprócz takich pozycji jak dane osobowe, zakres czynności, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, obecny pracodawca, obecnie zajmowane stanowisko, ilość lat pracy na tym stanowisku, również pozycję dotyczącą ściśle doświadczenia zawodowego. W tej pozycji zamawiający wymagał podania także okresu zatrudnienia danej osoby, miejsca zatrudnienia, nazwy zatrudniającego, stanowiska, wykonywanych projektów/przedsięwzięć, nabytego doświadczenia i kwalifikacji. W świetle powyższego potwierdzeniem spełniania warunku dysponowania odpowiednimi osobami było złożenie przez wykonawców oświadczenia wiedzy w powyższym zakresie.

Konsorcjum ZPU Międzyrzecz wskazało w załączniku nr 3 trzy osoby (na 2 dwie wymagane): Marian D., Jacek W. i Marek O. z zakresem czynności kierownika budowy z uprawnieniami w branży instalacyjnej. Z treści załącznika nr 4 wynika, że:

1. Marian D. posiada doświadczenie w zakresie: kierowanie budowami sieci ciepłowniczych – 2 lata, koordynacja prac związanych z budową sieci ciepłowniczych – 12,5 lat, prowadzenie i koordynacja dużych budów – 15 lat i 2 mies., koordynacja prac remontowych – 1 rok i 11 mies., koordynacja remontów instalacji przesyłowych – 7 lat i 7 mies.
2. Jacek W. posiada doświadczenie w zakresie: nadzoru i kierowania przedsięwzięciami firmy – 27 lat, kierowanie budową rurociągów – 2 lata, kierowanie budowami – 6 lat, współtworzenie projektów – 2 lata, nadzór nad projektami – 5 mies.
3. Marek O. posiada doświadczenie w zakresie: kierowania robotami – 2 lata, nadzorowanie modernizacji sieci c.o. inwentaryzacja szkół – 16 lat i 7 mies., opracowywanie dokumentacji kosztorysowej – 2 lata i 2 mies.

Konsorcjum Energoterm wskazało w załączniku nr 3 osoby: Józef G. z zakresem czynności kierownika budowy z uprawnieniami w branży konstrukcyjno-budowlanej (jedna z dwóch osób wymaganych) oraz Marek M. z zakresem czynności kierownika budowy z uprawnieniami w branży instalacyjnej (jedna z dwóch osób wymaganych). Z treści załącznika nr 4 wynika, że:

1. Józef G. posiada doświadczenie w zakresie: koordynowania budów – 1 rok, kierowanie budowami, kierowanie robotami sanitarnymi, kierowanie pracami związanymi z wykonywaniem sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz odtworzenia nawierzchni, nadzór nad budowami – 4 lata i 1 mies., kierowanie budowami, kierowanie robotami konstrukcyjno-budowlanymi oraz sanitarnymi – 5 lat i 2 mies.
2. Marek M. posiada doświadczenie w zakresie: nadzorowania, kierowania wykonaniem budowy sieci ciepłowniczych, koordynowania dostaw, nadzorowania pracy podwykonawców – 18 lat i 10 mies., nadzorowanie i eksploatacja czynnych sieci ciepłych – 17 lat i 3 mies., wykonywanie robót związanych z sieciami ciepłymi – 2 rok i 4 mies.

W rozpoznawanej sprawie podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma kwestia jakie doświadczenie można zakwalifikować w poczet pełnienia funkcji kierownika budowy.

Z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118) wynika, że budowa i roboty budowlane są terminami, które można stosować w pewnym zakresie zamiennie, przy czym zakres pojęcia robót budowlanych jest szerszy niż zakres pojęcia budowa. Ustawa rozróżnia pojęcia - kierownik budowy i kierownik robót budowlanych, które mogą obejmować w części ten sam zakres czynności. W art. 3 pkt 6 ww. ustawy wyjaśniono pojęcie budowa jako – „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego”. Natomiast roboty budowlane - zgodnie z art. 3 pkt 7 to – „budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego”. Ponadto, zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego, przez samodzielną funkcję techniczną w budownictwie rozumie się działalność obejmującą „kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi”. Zgodnie natomiast z brzmieniem art. 17 pkt 4 ww. ustawy uczestnikiem procesu budowlanego jest „kierownik budowy lub kierownik robót”. Zgodnie z art. 21a ust. 1 ww. ustawy kierownik budowy jest obowiązany sporządzić lub zapewnić sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przed rozpoczęciem budowy. Art. 22 ww. ustawy określa obowiązki kierownika budowy, a art. 23 uprawnienia kierownika budowy. W art. 24 ust. 1 ww. ustawy jest mowa o zakazie łączenia funkcji kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego, natomiast w ust. 2 wskazuje się, że ust. 1 oraz art. 22 i 23 stosuje się odpowiednio do kierownika robót. Z treści powyższych przepisów wynika, że zakres czynności przy pełnieniu funkcji kierownika budowy różni się od zakresu kierownika robót. Skoro zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, to nie można uznać, że wykazanie tego doświadczenia może nastąpić poprzez wykazanie kierowania i koordynowania innych robót (nie stanowiących budowy w rozumieniu

ustawy Prawo budowlane) takich jak np. remonty, montaż, modernizacja, rozbiórka obiektu budowlanego.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że Konsorcjum ZPU Międzyrzecz nie wykazało w treści złożonego wykazu i informacji na temat kwalifikacji... dysponowania dwiema osobami posiadającymi wymagane doświadczenie. W ocenie Izby informacja dotycząca osób: Marian D. i Marek O. nie potwierdza okresu 5 – letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót, niezależnie od faktu czy rzeczywiście osoby te takie doświadczenie posiadają. W przypadku Mariana D. użyty termin prowadzenie budów nie jest jednoznaczny i tożsamy z pełnieniem funkcji kierownika budowy. Natomiast w przypadku Marka O. wykazano tylko 2 – letnie doświadczenie w kierowaniu budową. Spełnienie powyższego warunku zostało natomiast wykazane przez Konsorcjum Energoterm, które wykazało posiadanie wymaganego doświadczenia przez Józefa G. i Marka M., co wynika z przedłożonej informacji. Należało wziąć pod uwagę, że odwołujący nie przeprowadził dowodu przeciwnego w tym zakresie

Izba zgodziła się przy tym z twierdzeniem zamawiającego, iż osoba zajmująca stanowisko inne niż kierownik budowy mogła w tym samym czasie nabyć doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy oraz, że pełnienie funkcji kierownika budowy nie musi wynikać z zatrudnienia na stanowisku kierownika budowy. Jednakże nabyte doświadczenie w wymaganym zakresie podlegało wykazaniu przez wykonawcę. Jak stwierdził zamawiający w treści załącznika nr 4 „Wykonawca przedstawia wg podanego poniżej wzoru informacje o osobach wskazanych w wykazie osób wskazanych do wykonania niniejszego zamówienia. Wykonawca na własne ryzyko przedstawia te informacje, które uważa za istotne w świetle wymagań SIWZ. Zaprezentowane informacje muszą precyzyjnie wskazywać wymagane przez Zamawiającego w pkt 9.1 IDW doświadczenie i kwalifikacje”, a wobec tego po stronie wykonawcy leżał obowiązek wykazania odpowiedniego doświadczenia.

Izba zważyła, iż w tym stanie rzeczy zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Konsorcjum ZPU Międzyrzecz z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu lub z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lecz miał obowiązek podjęcia czynności, do której był on zobowiązany w myśl art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w przypadku nie złożenia przez wykonawcę wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu albo złożenia oświadczeń i dokumentów zawierających błędy, zamawiający wzywa wykonawców do ich złożenia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający nie zastosował trybu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp dotyczącego możliwości uzupełnienia przez Konsorcjum ZPU Międzyrzecz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz informacji na temat kwalifikacji

zawodowych, doświadczenia i wykształcenia osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu przedmiotowego zamówienia. Stosownie do powyższego Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów.

Nietrafny jest zarzut, iż Konsorcjum ZPU Międzyrzecz podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie spełnia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia tj. nie wykazało wykonania lub zmodernizowania w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej 10 kilometrów sieci preizolowanej o wartości 13 000 000 PLN, w tym co najmniej 200 metrów o średnicy DN 600 mm.

W pkt 9.2 lit. b zamawiający postawił warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegający na wykonaniu lub zmodernizowaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej (w pakiecie nr 1) – 10 km sieci preizolowanej o łącznej wartości co najmniej – 13 000 000 PLN w tym co najmniej 200 m o średnicy minimum DN 600 mm. W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane należycie.

Wykonawca Konsorcjum ZPU Międzyrzecz złożył w ofercie, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, wykaz wykonanych robót oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. Z przedstawionych dokumentów wynika, że wykonawca spełnia warunek w tym zakresie. W pozycji nr 3 wykazu wykonanych robót dla Pakietu 1 wykonawca zamieścił pięć pozycji, z których trzy (sieć c.o. os. Szklane Domy, sieć c.o. os. Szkolne i sieć c.o. od Kr do K1) wchodziły w zakres zadania "Wymiana sieci wysoko i niskoparametrowych w 2006 r.", wykonanego przez PIP INSBUD Pitala Grabski Sp. j. - członka Konsorcjum ZPU Międzyrzecz jako podwykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. LOGSTOR Polska Sp. z o.o. i PRiB Poznań Sp. z o.o. realizującego zamówienie na rzecz zamawiającego MPEC S.A. w Krakowie w 2006 r.. Przedłożone w ofercie referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. zawierają oprócz wyżej wymienionych prac, zawartych w wykazie, jeszcze jedną pozycję tj. sieć c.o. os. Zgody, która, jak wyjaśnił zamawiający, nie była podstawą oceny spełniania warunku. Izba uznała, iż podnoszona przez odwołującego na rozprawie różnica w długości sieci w pozycji os. Szkolne 617,5 mb wskazanej w wykazie, w stosunku do długości sieci w tej pozycji – 613 mb, wykazanej w referencjach wystawionych przez

zamawiającego na rzecz Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm Sp. z o.o. i PRiB Poznań Sp. z o.o., nie stanowi o złożeniu przez wykonawcę informacji nieprawdziwej. Izba uznała za wiarygodne w tym przedmiocie wyjaśnienia przystępującego Konsorcjum ZPU Międzyrzecz, który stwierdził, iż różnica ta wynika z dokonanego obmiaru geodezyjnego wykonanej sieci w stosunku do nominalnej długości sieci określonej w projekcie. Identyczna sytuacja zachodzi w odniesieniu do informacji o długości sieci podanej dla pozycji os. Szklane Domy. Powyższym twierdzeniom przystępującego odwołujący nie zaprzeczył w toku postępowania i nie wskazał innych okoliczności na poparcie twierdzenia, jakoby wykonawca w sposób nieuprawniony zamieścił w wykazie i posługiwał się referencjami dla całego zadania "Wymiana sieci wysoko i niskoparametrowych w 2006 r.", podczas, gdy był podwykonawcą jedynie w zakresie części robót.

Uprawnienie wykonawcy do wykazywania jako posiadanego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, wynikającego z realizacji tych robót w drodze podwykonawstwa, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości Izby. Stanowisko powyższe zostało utrwalone w doktrynie i orzecznictwie KIO i znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. sygn. akt VCSK 131/07 stwierdził, iż „Z porównania treści art. 647 k.c. i art. 647¹ k.c., które używają określenia „umowa o roboty budowlane” zarówno dla umowy inwestora z wykonawcą, jak i dla umowy wykonawcy z podwykonawcami, wysnuć należy wniosek, że pod pojęciem umowy o roboty budowlane, użytym w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49,poz. 408) rozumieć należy obydwa te stosunki umowne.”

Odnosząc się do zarzutu, podniesionego przez odwołującego w stosunku do Konsorcjum Energoterm, dotyczącego nie wykazania określonej w siwz ilości spawaczy spełniających postawione przez zamawiającego wymogi, Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny.

W pkt 9.1.2.a specyfikacji (IDW) zamawiający postawił warunek dysponowania przez wykonawcę osobami kluczowymi przewidzianymi do wykonania zamówienia posiadającymi kwalifikacje, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia takich osób, w tym m.in. spawaczy w ilości 14 osób (pakiet nr 1) posiadających aktualne uprawnienia do wykonywania połączeń spawanych rurociągów przesyłowych o średnicach DN większej lub równej 25 mm i grubości materiału większej lub równej 3 mm, wydane zgodnie z przedmiotową normą: PN-EN 287-1: 2007 lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. W odniesieniu do spawaczy zamawiający wymagał przedłożenia aktualnego Świadectwa Spawacza

lub odpowiadających mu ważnych uprawnień wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Wykonawca złożył w ofercie, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (Załącznik nr 3), wskazując 23 spawaczy, przedstawiając w kolumnie "kwalifikacje" oraz w Załączniku nr 4 informacje na temat ich doświadczenia oraz posiadanych uprawnień, a także załączył dokumenty potwierdzające posiadane uprawnienia tj. świadectwa spawacza.

Z treści załącznika do oferty Konsorcjum Energoterm wynika, iż wykonawca dysponuje znacznie większą, niż wymagana, ilością spawaczy, którzy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w pkt 9.1.2.a tj. posiadają aktualne uprawnienia do wykonywania połączeń spawanych rurociągów przesyłowych o średnicach DN mniejszych lub równych 25 mm i grubości materiału większej lub równej 3 mm, wydane zgodnie z przedmiotową normą: PN-EN 287-1: 2007 lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Izba uznała, że powyższe okoliczności nie są sporne wobec złożenia przez odwołującego w toku rozprawy oświadczenia o wycofaniu zarzutu, iż świadectwa spawaczy wydane przez Zistehnika Sp. z o.o. nie stanowią ważnego stwierdzenia posiadanych uprawnień.

Odwołujący wywodził jednak, że Konsorcjum Energoterm nie spełnia warunku w powyższym zakresie, gdyż wykazało zbyt małą ilość spawaczy uprawnionych do spawania metodą TIG lub elektryczną, wskazując iż większa część spawaczy posiada uprawnienia do spawania gazowego. Biorąc, natomiast, pod uwagę zakres robót na dużych średnicach, wynikający z opisu przedmiotu zamówienia, w ocenie odwołującego, ilość spawaczy z uprawnieniami do spawania metodą TIG lub elektryczną jest zdecydowanie za mała do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniu odwołującego pogląd taki nie znajduje właściwego usprawiedliwienia. Zamawiający, zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp zawarł w specyfikacji (IDW) opis warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Warunek dotyczący spawaczy został określony w sposób jednoznaczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. W świetle powyższego niedopuszczalne jest weryfikowanie spełniania przez wykonawców warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, którego treść odwołujący wywodzi nie z opisu warunku lecz z opisu przedmiotu zamówienia. Twierdzenie, że ilość spawaczy z uprawnieniami do spawania TIG i elektrycznego powinna być większa, jest faktycznie zarzutem raczej do treści postanowień specyfikacji w zakresie opisanego przedmiotowego warunku. Uznanie za słuszną interpretacji przyjętej przez

odwołującego w tym zakresie, prowadziłyby w istocie do dopuszczenia indywidualnej oceny przez każdego wykonawcę jaka ilość spawaczy posiadających uprawnienia do każdego rodzaju spawania jest wystarczająca, a zatem do subiektywnego ustalania treści warunku przez każdego wykonawcę. Takie stanowisko nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp. Warunki udziału w postępowaniu określa zamawiający w ogłoszeniu i siwz w sposób jednoznaczny i obiektywny, zapewniając zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tych okolicznościach, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Energoterm jako wykonawcy niespełniającego ww. warunku udziału w postępowaniu należało uznać za niezasadny.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ZPU Międzyrzecz i Konsorcjum Energoterm z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał, że złożone przez wykonawcę w ofercie informacje nie są prawdziwe, zarówno jeśli chodzi o złożone oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, jak również w odniesieniu do informacji dotyczącej stanowiska zajmowanego przez Marka M. w Przedsiębiorstwie Specjalistycznym Energoterm Sp. z o.o. opisanego jako „kierownik budowy/Dyrektor Wykonawstwa” oraz w zakresie oświadczenia dotyczącego wykonanych robót w zadaniu p.n. "Wymiana sieci wysoko i niskoparametrowych w 2006 r." Izba zważyła, że brak złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie jednego z warunków udziału w postępowaniu nie stanowi dowodu na złożenie nieprawdziwego oświadczenia w tym zakresie, zwłaszcza gdy możliwe jest uzupełnienie dokumentów. Natomiast fakt, iż w innym postępowaniu (sprzed dwóch lat) w stosunku do danej osoby opisano stanowisko jako „Dyrektor wykonawstwa” nie dowodzi, iż nieprawdziwa jest informacja podana w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do tej osoby - „kierownik budowy/Dyrektor Wykonawstwa”. W przedmiocie nieprawdziwości oświadczenia dotyczącego wykonanych robót w zadaniu p.n. "Wymiana sieci wysoko i niskoparametrowych w 2006 r." omówienie zostało przedstawione w uzasadnieniu powyżej.

Odwołujący w odwołaniu i w proteście podnosił naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 1, 5, 8 Pzp w związku z art. 26 ust. 1 Pzp i art. 58 k.c. wywodząc je ze stanu rzeczy przedstawionego w odwołaniu. W toku rozprawy odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu tych zarzutów. Z uwagi na powyższe Izba nie rozpoznawała odwołania w tym zakresie.

Odwołujący podnosił również naruszenie art. 91 Pzp. Wobec nie przedstawienia przez odwołującego w odwołaniu, ani na rozprawie żadnej argumentacji i okoliczności faktycznych

na poparcie tego twierdzenia, Izba uznała je za niezasadne. Izba wzięła przy tym pod uwagę że naruszenie tego przepisu zostało wskazane w związku z zarzucanym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 1, 5, 8 i w związku z art. 26 ust. 1 Pzp, które zostało cofnięte przez odwołującego.

Omówione okoliczności sprawy, w szczególności uznanie przez zamawiającego, iż wykonawca Konsorcjum ZPU Międzyrzecz złożył oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tym samym potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu uzasadniały uwzględnienie odwołania. Wobec powyższego Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....