

Sygn. akt: KIO/UZP 264/09

**WYROK**  
**z dnia 18 marca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Barbara Bettman</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Ewa Jankowska</b> <b>Renata Tubisz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki nr 2, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów** protestu z dnia 9 lutego 2009 r.

przy udziale **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Inżynierię Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Inżynierię Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Inżynierię Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego nr 2, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Inżynierii Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę i przebudowę istniejącego budynku Regionalnego Ośrodka Rehabilitacyjnego Dzieci i Młodzieży wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą zewnętrzną w Szpitalu Wojewódzkim Nr 2 w Rzeszowie, (ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2008/S 205-272200 z 22.10.2008 r.), w dniu 9 lutego 2009 r. został wniesiony protest przez ERBUD SA z Warszawy na czynność zamawiającego z dnia 2 lutego 2009 r. polegającą na wezwaniu tego wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych oraz potwierdzających doświadczenie kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych. Protestujący zarzucił zamawiającemu – Szpitalowi Wojewódzkiemu Nr 2 w Rzeszowie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), przez bezzasadne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, to jest:

- art. 7 ust. 1 ustawy, art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp, a ponadto,
- § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155).

ERBUD SA powołał się na możliwość utraty uzyskania zamówienia, a tym samym doznania uszczerbku interesu prawnego. Podał, że nie uzupełni dokumentów w takim zakresie, jak tego oczekuje zamawiający i zażądał: - unieważnienia czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie robót oraz

potwierdzających doświadczenie kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych, a także niezwłocznego poinformowania go o podjęciu tych czynności. W uzasadnieniu zarzutów, kwestionujących zasadność wzywania wykonawcy do uzupełnienia referencji - podania kubatury budynku, wartości i zakresu prac oraz uzupełnienia referencji dla dokładnego jak wymaganego, potwierdzenia doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia, protestujący podał, że nie stanowią o tym referencje, czy kserokopie zgłoszeń do nadzoru budowlanego, ale stosowny opis w wykazie osób i podmiotów, zgłoszonych do wykonywania prac, będący oświadczeniem wykonawcy. Przepis § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), upoważnia zamawiającego jedynie do żądania dokumentów w celu potwierdzenia należytego wykonania robót budowlanych. ERBUD SA podważał również uprawnienie zamawiającego, do żądania dostarczenia konkretnej treści referencji, potwierdzających doświadczenie wykonawcy, oraz referencji lub innych dokumentów potwierdzających doświadczenie osób, które będą realizować zamówienie. Podniósł dwa główne zarzuty: że zamawiający nie ma prawa żądać konkretnych informacji w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień przez wykonawcę oraz, że zamawiający nie ma prawa żądać konkretnej treści referencji dotyczących osób, które zostały wskazane przez wykonawcę w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Z protestu wynika też, że ERBUD SA w ogólności podważył możliwość żądania referencji lub kopii zgłoszeń do nadzoru budowlanego, na potwierdzenie posiadania przez osoby, które będą realizować zamówienie, wymaganego w postępowaniu osobistego doświadczenia zawodowego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2009 r., do postępowania wywołanego protestem ERBUD SA przystąpił w dniu 12 lutego 2009 r. wykonawca Inżynieria Rzeszów Sp. z o. o. żądając oddalenia protestu, jako oczywiście bezzasadnego.

Pismem z dnia 19 lutego 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest wniesiony przez ERBUD SA w dniu 9 lutego 2009 r. przez oddalenie go w całości. W uzasadnieniu tej decyzji podał, że pismem z dnia 2 lutego 2009 r. zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie brakujących dokumentów do dnia 5 lutego 2009 r. W wyznaczonym terminie ERBUD SA przysłał wyjaśnienia i złożył uzupełniony załącznik nr 4 i 5. Zamawiający uznał uzupełnienie dokumentów za skuteczne i w piśmie zawiadamiającym o wyborze oferty, z dnia 9 lutego 2009 r. stwierdził, że żaden z wykonawców nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że żadna oferta nie podlega odrzuceniu. Miało to miejsce w godzinach wcześniejszych, przed złożeniem protestu przez ERBUD SA. W tych okolicznościach

zamawiający uznał, że istniały pełne podstawy do oddalenia protestu, mimo uwzględnienia w jego treści podnoszonych zarzutów, gdyż wykonawca nie miał interesu prawnego aby wnosić protest.

Od takiego rozstrzygnięcia, odwołanie wniósł wykonawca Inżynieria Rzeszów Sp. z o. o., w dniu 2 marca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołujący stwierdził, że rozstrzygnięcie protestu wniesionego 9 lutego 2009 roku, dotyczącego czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu ERBUD S.A. do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych oraz potwierdzających doświadczenie kierownika budowy oraz kierowników robót sanitarnych, jak też wykonanie tego wezwania przez ERBUD S.A. jest nieprawidłowe.

Odwołujący wniósł:

1. o orzeczenie, że zamawiający nie miał prawa zawrzeć w rozstrzygnięciu protestu sprzecznych stwierdzeń, że:

- oddała protest,

- oraz uznaje za wystarczające (zamiast uzupełnienia) wyjaśnienia wykonawcy ERBUD SA;

2. zaakceptować zmian istotnych informacji (wymagań), stanowiących treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie potwierdzania spełnienia warunków udziału, wprowadzonych rozstrzygnięciem protestu, jako nieważnych z mocy prawa.

3. o orzeczenie, że wezwanie ERBUD SA do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających doświadczenie kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych nie naruszało przepisów art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp oraz odnośnych przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2006 r. nr 87 poz. 605 ze zm.).

4. o uznanie, że ERBUD nie dostarczył w wyznaczonym terminie żądanych przez zamawiającego i wymaganych w SIWZ dokumentów,

5. w konsekwencji o nakazanie wykluczenia ERBUD SA z postępowania.

W uzasadnieniu faktycznym zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podnosił, iż z sentencji rozstrzygnięcia wynika, że protest został oddalony w całości. Jednak z treści uzasadnienia wynika, że zamawiający zgodził się z argumentacją protestującego, co jest niewłaściwe i wewnętrznie sprzeczne. Pismo zamawiającego z dnia 02.02.2009 r. obejmowało wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających:

- że wykonawca ERBUD SA spełnia warunek posiadania wymaganego doświadczenia,- to jest wypełnionego załącznika numer 4 do specyfikacji oraz dokumentów referencji na

udokumentowanie należytego wykonanie zamówień, zawierających konkretne dane potwierdzające spełnianie warunków udziału;

- że wykonawca ERBUD SA spełnia warunek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, to jest wypełnionego załącznika numer 5 do specyfikacji oraz referencji lub kopii zgłoszeń do nadzoru budowlanego zawierających konkretne dane, potwierdzające spełnianie warunków udziału, odnośnie kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych.

W odpowiedzi na wezwanie, przy piśmie z dnia 05.02.2009 r., ERBUD SA dostarczył: wykaz wykonanych robót budowlanych na formularzu załącznika nr 4 do SIWZ, a na formularzu załącznika nr 5 do SIWZ informacje, które w zamiarze tego wykonawcy miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w odniesieniu do kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych. Nie zostały dostarczone: referencje, potwierdzające doświadczenie ERBUD SA, względem których stwierdzono, że nie zawierają kompletnych informacji, ani referencje potwierdzających, że kierownicy (budowy, robót sanitarnych) posiadają wymagane przez zamawiającego doświadczenie. W treści pisma z dnia 5 lutego 2009 r. ERBUD SA wyjaśnił, że załączone referencje potwierdzają należyte wykonanie przez niego robót wymienionych w wykazie załącznika nr 4 do specyfikacji. Podobnie wykonawca ten odniósł się do referencji, potwierdzających doświadczenie osób wykazanych w treści załącznika nr 5 wykazu osób i podmiotów. Podniósł, że nie ma obowiązku dostarczania takich referencji. Przytoczył orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszące się do kwestii potwierdzania doświadczenia wykonawcy. W ocenie Odwołującego, ERBUD SA nie przedstawił żadnych argumentów, uzasadniających zaniechanie uzupełnienia wymaganych, zgodnie z treścią punktu VIII.1.3 SIWZ referencji albo kopii zgłoszeń do nadzoru budowlanego, które w przedmiotowym postępowaniu były żądane jako dokumenty mogące być potwierdzeniem doświadczenia kierowników. ERBUD SA wykonał więc tylko część wezwania. Dalej odwołujący wywodził, że w piśmie Zamawiającego z dnia 09.02.2009 roku, zawierającym informacje opisane w art. 92 ust. 1 Pzp, odnoszące się do wyboru oferty najkorzystniejszej i otrzymanej punktacji przez pozostałe oferty, zabrakło informacji o wykluczeniu ERBUD S.A. - z powodu nie uzupełnienia dokumentów w terminie, a w efekcie nie dostarczenia w ogóle, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, skutkiem oddalenia protestu ERBUD S.A. w całości, powinno być uznanie, że wykonawca był zobowiązany do wykonania oprotestowanych czynności. Z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu wynika, że zamawiający zaakceptował nie wykonanie swojego wezwania utrzymując, że "po zapoznaniu się z przesłanymi mu przez protestującego wyjaśnieniami, stwierdził, że żaden z wykonawców nie podlega wykluczeniu z postępowania." Zdaniem odwołującego, zamawiający w ten sposób wykonał obydwie żądania protestu:

- unieważnił czynność wezwania ERBUD S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót oraz potwierdzających doświadczenie kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych,
- wykonał czynność niezwłocznego poinformowania ERBUD S.A. o unieważnieniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót oraz potwierdzających doświadczenie kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych. Protest został więc faktycznie uwzględniony, zaś czynności objęte protestem, zostały wykonane niezwłocznie, zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

W przekonaniu odwołującego, takie rozstrzygnięcie doprowadziło do zmiany sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, po upływie terminu do składania ofert, co jak powszechnie wiadomo jest niedopuszczalne. Doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nierówne potraktowanie wykonawców. Zdaniem odwołującego, celem takiego działania zamawiającego, była chęć wprowadzenia w błąd innych uczestników postępowania, co do skutków rozstrzygnięcia. Konsekwencją oddalenia protestu, powinno być wykluczenie ERBUD S.A. z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W wyniku wezwania, nie dostarczono bowiem dokumentów wystarczających do uznania, że wezwany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, które zostały wskazane w ogłoszeniu i specyfikacji. Rozstrzygnięcie zamawiającego, nie tylko umożliwiło ERBUD S.A. dalsze ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Powodowało również, w ocenie odwołującego, że w przypadku nie wniesienia odwołania, zarówno zamawiający jak również ERBUD S.A., będą mogli utrzymywać, że w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu należy uznać, iż żądanie referencji na potwierdzenie doświadczenia kierowników, choć zapisane w specyfikacji, jest niemożliwe. Prowadzi to wprost do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zmiana następuje w chwili, gdy oferty zostały już złożone. Prowadzi również do naruszenia art. 38 ust. 4 i art. 38 ust. 4a ustawy Pzp. Zmiany specyfikacji są bowiem możliwe wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert, zaś takie zmiany, które skutkują koniecznością wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia, muszą być objęte również publikacją zmiany ogłoszenia. To zaś, z uwagi na upływ terminu, nie może zostać dokonane, ani podane do publicznej wiadomości w przewidzianej prawem formie, czasie oraz z zachowaniem ustawowych obowiązków.

W odniesieniu do referencji albo kopii zgłoszeń do nadzoru budowlanego, wystawionych dla kierowników (budowy i robót), wezwanie do ich uzupełnienia było zdaniem odwołującego uzasadnione. Niewykonanie polecenia, powinno skutkować wykluczeniem kwestionowanego wykonawcy z postępowania. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem ERBUD S.A., zawartym w treści protestu, że "odnosząc się do tej części pisma zamawiającego, która stanowi podstawę do wniesienia niniejszego protestu, a dotyczącej zarzutu, że referencje zawierają braki dotyczące kubatury i wartości, stwierdzić należy w sposób stanowczy, że

potwierdzeniem doświadczenia danej osoby nie mogą być żądane referencje, czy kopie zgłoszeń do nadzoru budowlanego, ale jedynie stosowny opis w wykazie. Wykaz bowiem, jest formą oświadczenia wykonawcy, za które ponosi on przewidzianą prawem odpowiedzialność, w przypadku gdy jest ono nieprawdziwe. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do żądania od wykonawcy, aby przedstawiali referencje zawierające w swojej treści te same dane, które muszą być zamieszczone w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia." Odnośny przepis § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) mówi, że zamawiający może żądać "wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności." Z treści cytowanego przepisu wynika, w opinii odwołującego, że wraz z wykazem osób i podmiotów, zamawiający może żądać informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, w postaci odrębnie sporządzonych dokumentów, składanych dla udokumentowania prawidłowości oświadczeń zawartych w wykazie. Argumentacja odwołującego nawiązuje do przepisu § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), z którego wynika, że w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia, zamawiający może żądać:

- wykazu wykonanych robót budowlanych, w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Odwołujący podniósł, iż należy zauważyć, że pomiędzy przepisem § 1 ust. 2 pkt 1, a przepisem § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, występuje istotna różnica. Przepis § 1 ust. 2 pkt 1 umożliwia żądanie wykazu, z podaniem w tym wykazie niezbędnych informacji oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane z należyłą starannością. Informacje stanowią tu wewnętrzną zawartość wykazu, zaś dokumenty mają potwierdzać jedynie należyte wykonanie zamówień.

Odmienne, zdaniem odwołującego przepis § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, umożliwia żądanie wykazu, wraz z którym można żądać informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych czynności osób podanych do realizacji zamówienia. Informacje te przewidziane są wraz z wykazem. Mogą one mieć wobec tego charakter zewnętrzny, w stosunku do samego wykazu. Takimi informacjami jak wywodził odwołujący, mogą być na przykład świadectwa ukończenia kursów doskonalenia

zawodowego, dyplomy ukończenia studiów wyższych - rozpowszechnione w postępowaniach na roboty budowlane, życiorysy (CV) osób, które będą wykonywać zamówienie, szczegółowe referencje dla osób lub innego rodzaju informacje. W przedmiotowym postępowaniu są to referencje ze wskazaniem kierownika na danej budowie albo kopie zgłoszeń do nadzoru budowlanego, za których pomocą kierownicy powinni wykazać doświadczenie osobiste, na konkretnych obiektach posiadających konkretne, ustalone przez Zamawiającego w specyfikacji i w ogłoszeniu parametry.

W przekonaniu odwołującego, ERBUD SA podważając wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie utrzymuje, że dostarczone przez niego wraz z ofertą dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Twierdził natomiast, że zamawiający nie ma prawa żądać konkretnych dokumentów i konkretnych informacji w nich zawartych. Takie stanowisko można by przyjąć za przyznanie, że samo wezwanie, jako całość, było uzasadnione. Takie rozumowanie zostało potwierdzone działaniem ERBUD SA. Wykonawca ten przyjął, że wezwanie dotyczy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków:

- posiadania wymaganego doświadczenia - dlatego dokonał uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ),
- dysponowania osobami: kierownikiem budowy - koordynatorem, oraz kierownikami robót sanitarnych - dlatego dokonał uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik 5 do SIWZ). Odwołujący zarzucił tym wyjaśnieniom, brak jasnej informacji, która z osób będzie pełnić obowiązki kierowników, do której przedstawienia zgodnie z tytułem wykazu załącznika nr 5, ERBUD SA był zobowiązany.

Odwołujący zauważył, że protest ERBUD SA odnoszący się do czynności zamawiającego, dotyczył w rzeczywistości zapisu rozdziału VIII.1.3 (zdanie ostatnie) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz odnośnego punktu ogłoszenia o zamówieniu. Czynność ta była bowiem konsekwencją realizacji tychże postanowień. Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art.180 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp, protest dotyczący treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się nie później, niż w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia i specyfikacji. Ten termin upłynął wcześniej. Dlatego protest w tej części nie powinien w ogóle być rozpatrywany merytorycznie. Nie można było wykonać żądań protestu, jak to uczynił zamawiający. A więc treść rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego narusza przepisy art. 7 ust.1, art. 26 ust.3, art. 38 ust 4, art. 38 ust. 4 a Pzp, jak ocenił to odwołujący.

Pismem z dnia 13 marca 2009 r. do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca ERBUD SA, żądając odrzucenia bądź oddalenia odwołania, w szczególności podkreślał brak interesu prawnego, po stronie odwołującego.



Wskazywał na pokrywanie się zarzutów odwołania, z zarzutami podnoszonym przez odwołującego w następnych protestach.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty ERBUD SA, pisma zamawiającego wzywającego do uzupełnienia dokumentów oferty z dnia 2 lutego 2009 r., oraz pisma ERBUD SA, przesłanego w odpowiedzi na to wezwanie z dnia 5 lutego 2009 r. wraz z załącznikami.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy. Odwołujący, oświadczeniem do protokołu rozprawy cofnął zarzuty podnoszone w stosunku do wykazu nr 4 – doświadczenia ERBUD SA oraz przedłożonych w tym zakresie referencji. Cofnął również zarzuty przeciwko osobie p. Zalewskiego, wskazanego na kierownika robót sanitarnych.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu, mimo, że takie żądanie zgłaszał zamawiający i przystępujący. Odwołanie dotyczy (w części) uwzględnienia protestu ERBUD SA, z uwagi na treść tego rozstrzygnięcia, zatem wymagało merytorycznego rozpatrzenia zarzutów na rozprawie. Zdaniem Izby liczy się sposób rozpatrzenia zarzutów protestu, a nie nazwanie pisma „oddaleniem protestu.” Inne zarzuty odwołania objęte dalszymi protestami odwołującego, których rozpatrzenie jest w toku postępowania, Izba pozostawiła bez rozpoznania. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że po stronie odwołującego, nie występuje interes prawny, albowiem do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia wszystkich złożonych protestów i wyboru oferty, kwestia, który z wykonawców otrzyma przedmiotowe zamówienie, jest otwarta.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 22 października 2008 r., zatem do rozpatrzenia sprawy, zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655), z uwzględnieniem zmian wprowadzonych art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. – o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058).

Oferty złożyło 3 wykonawców:

ERBUD SA, z ceną 51 100 412,27 zł,

Konsorcjum Grupa 3J SA i TEHAND Sp. z o.o., z ceną 50 900 000,00 zł,

Odwołujący Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., z ceną 58 174 480,00 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert stanowi cena.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozdział VIII.1.3, zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, dysponowania osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał przedłożenia między innymi następujących dokumentów: wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia w tym kierownika budowy, jako koordynatora wszelkich prac budowlanych oraz kierowników robót branżowych, posiadających odpowiednie kwalifikacje, uprawnienia budowlane, oraz doświadczenie zawodowe:

- (co najmniej 10 lat) kierownik budowy – koordynator powinien się wykazać sprawowaniem tej funkcji w okresie ostatnich 5 lat na minimum dwóch obiektach użyteczności publicznej, o łącznej kubaturze minimum 50 000 m<sup>3</sup> i wartości minimum 30 000 000 PLN,
- kierownicy robót branżowych powinni posiadać doświadczenie zawodowe (co najmniej 5 lat), a funkcje kierownika sprawować co najmniej przez 3 lata i wykazać się minimum jednym obiektem użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m<sup>3</sup>.

Zamawiający postanowił, że potwierdzeniem doświadczenia kierowników, mogą być referencje inwestorów z imiennym wskazaniem kierownika na danej budowie, kserokopie zgłoszeń do nadzoru budowlanego o przystąpieniu do robót - z pieczętką nadzoru budowlanego o przyjęciu zgłoszenia danej osoby (specyfikacja nie podaje zakresu informacji objętych referencjami).

W rozdziale IX SIWZ wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w punkcie 11 widnieje jedynie wykaz nr 5 (bez referencji). Pod tabelą załącznika nr 5 jest adnotacja „do powyższego wykazu należy dołączyć stosowne dokumenty, potwierdzające kwalifikacje, doświadczenie i wykształcenie w/w osób.

Pismo Zamawiającego z dnia 02.02.2009 roku obejmowało wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów potwierdzających, że wykonawca ERBUD SA spełnia warunek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający ujął to następująco - dotyczy zał. Nr 5, w świetle warunków określonych w części VIII pkt 1 SIWZ, osoby (kierownik budowy i kierownik robót sanitarnych), które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, nie w pełni spełniają warunek, dotyczący doświadczenia na obiektach użyteczności publicznej. W załączonych referencjach brak kubatur, wartości wykonanych obiektów. Braku podstawowych informacji w referencjach, nie zastępuje stwierdzenie, że dany kierownik „był w pełni uczciwy i bardzo odpowiedzialny.”

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 05.02.2009 r. ERBUD SA dostarczył: uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz zakresu

wykonywanych przez nich czynności, na formularzu załącznika nr 5 do SIWZ - podając w jego treści informacje, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do kierownika budowy i kierowników robót sanitarnych. Nie uzupełniono referencji inwestorów, potwierdzających, że kierownicy (budowy, robót sanitarnych) posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. ERBUD SA ogólnie odniósł się do dokumentów referencji, stwierdzając, że te które złożył są wystarczające, bo przepisy nie precyzują dokładnie treści dokumentu, obejmującego referencje i nie można z tego tytułu wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który posłużył się referencją nie w pełni odpowiadającą na żądanie podania informacji (wyrok ZA UZP/ZO/0- 346/06, wyrok KIO/UZP 58/07).

ERBUD SA w wykazie załączonym do pisma z 5 lutego 2009 r., uzupełnił informację i podał:

- poz. 1 pana Wojnowskiego - na stanowisko kierownika budowy,
- poz. 4 pana Marszałka – na stanowisko kierownika robót sanitarnych,
- poz. 5 pana Bochniaka – na stanowisko kierownika robót sanitarnych,

Z informacji zał. Nr 5 (poz. 1), wynika, że p. Wojnowski spełnia żądania, zgodnie z treścią rozdziału VIII.1.3 specyfikacji, że kierownik budowy powinien posiadać doświadczenie zawodowe co najmniej 10 lat. Powinien się wykazać sprawowaniem tej funkcji (kierownika budowy - koordynatora) w okresie ostatnich pięciu lat, na minimum dwóch obiektach użyteczności publicznej, o łącznej kubaturze minimum 50 000 m<sup>3</sup> i wartości 30 000 000 zł. Dane te znalazły się w opisie doświadczenia zawodowego osoby przeznaczonej na stanowisko kierownika budowy. List referencyjny wydany dla tej osoby przez Urząd Miasta Torunia, potwierdza należyte wywiązywanie się z obowiązków kierownika budowy Centrum Sztuki Współczesnej. To samo potwierdza druga referencja wydana przez Wojewódzki Szpital Dziecięcy w Toruniu.

Informacje wymagane zgodnie z treścią rozdziału VIII.1.3 specyfikacji, że kierownicy robót branżowych powinni posiadać doświadczenie zawodowe (co najmniej 5 lat), a funkcję kierownika sprawować co najmniej przez 3 lata i wykazać się minimum realizacją jednego obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m<sup>3</sup>, znalazły się w opisie załącznika nr 5. W odniesieniu do kwestionowanych osób – kierowników robót branżowych – pana Marszałka, należy stwierdzić, że wykazano w sposób żądany w specyfikacji, że wykonał minimum jeden obiekt użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m<sup>3</sup>. Ponadto załączono referencje wydane przez Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie. Zdaniem Izby wykaz po uzupełnieniu zawiera wymagane informacje. W odniesieniu do pana Bochniaka, wykaz potwierdza, doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w zakresie wymaganym w SIWZ. Załączono referencje wydane przez STRABAG Sp. z o.o. dla pana Bochniaka. Nie ma żadnego znaczenia, że prace w charakterze kierownika, wymieniony wykonywał dla generalnego wykonawcy, a nie dla

inwestora. Izba podzieliła pogląd ERBUD SA, że referencją może być każdy dokument, wystawiony przez bezpośredniego zleceniodawcę (wyrok KIO/UZP 1105/08). Również bez znaczenia, w ocenie Izby pozostaje okoliczność, że wypracowane stanowisko orzecznictwa i doktryny, odnosi się do referencji, przedstawianych, na wykazanie zdolności technicznej i doświadczenia wykonawcy. Ogólnie rzecz biorąc, referencje, to opinia wystawiana komuś, stwierdzająca wywiązywanie się z obowiązków, zwykle pozytywna i polecająca daną osobę na określone stanowisko. Mając na uwadze powyższe, wezwanie ERBUD SA do uzupełnienia dokumentów, odnoszących się do potwierdzenia doświadczenia kierowników (budowy i robót sanitarnych), w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, było jak najbardziej uzasadnione, ale w odniesieniu do wykazu zał. Nr 5, który pierwotnie załączony do oferty, nie obejmował wszystkich wymaganych informacji. Natomiast zupełnie było chybione żądanie uzupełnienia referencji. ERBUD SA, w sposób prawidłowy wykonał wezwanie zamawiającego. Nie mógł być przy tym pewny, jak zareaguje zamawiający na takie wykonanie jego dyspozycji, a więc jednocześnie wniósł protest, co w okolicznościach tej sprawy, znajdowało uzasadnienie.

W dniu 18 lutego 2009 r. odwołujący wniósł następny protest, w tym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu zaniechanie wykluczenia ERBUD SA, żądając wykluczenia poprzedzających go w ocenie ofert wykonawców, ze względu na niespełnienie warunków udziału i odrzucenia ich ofert.

W dniu 2 marca 2009 r. wykonawca INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o. o., wniósł jeszcze jeden protest, na czynność zamawiającego polegającą:

- na dokonaniu zmiany sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu do składania ofert w odniesieniu do oferty ERBUD SA, w którym zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4 i ust. 4a ustawy Pzp,
- na oddaleniu protestu ERBUD SA z jednoczesnym uwzględnieniem zarzutów, co naruszyło art. 183 ust. 5 Pzp.

Wymienione protesty, na dzień rozpatrzenia niniejszej sprawy nie zostały ostatecznie rozstrzygnięte.

Protest ERBUD SA został wniesiony między innymi, na bezpodstawne, wezwanie wykonawcy do uzupełnienia referencji dla osób podanych w wykazie nr 5, które wykonawca wskazał do wykonywania zamówienia, to znaczy na żądanie referencji, zawierających takie same informacje jak w wykazie. Zatem rozstrzygnięcie dotyczy tej kwestii.

Izba stwierdza, że odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania, jako że przystąpił do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, ale prawo takie służy jedynie i wyłącznie w granicach zarzutów podnoszonych w proteście ERBUD SA, to znaczy kwestionowania przez protestującego podstaw do wzywania go, w szczególności do przedłożenia uzupełnionych

referencji, osób przewidzianych do wykonywania zamówienia oraz uwzględnienia zarzutów tego protestu. Izba jest uprawniona do rozpatrywania odwołania w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp. Ocena, jakiej domaga się odwołujący, że wykonawca ERBUD SA winien być wykluczony, bowiem nie spełnił warunków udziału i nie udokumentował spełnienia tych warunków, wykracza poza granice zarzutów określonych protestem ERBUD SA z dnia 9 lutego 2009 r. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, może być postawiony, po wyborze oferty, gdyż zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, wykluczenie wykonawcy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego następuje jednocześnie z wyborem najkorzystniejszej oferty. Odwołujący potwierdził, że na czynność zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty ERBUD SA, i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, wniósł odrębny protest i odwołanie. Izba przyznaje racje odwołującemu o tyle, że skoro zamawiający uwzględnił poszczególne zarzuty protestu, to winien poinformować wykonawców, że protest uznaje w całości, lub w określonej części. Błąd ten nie miał żadnego istotnego wpływu, na wynik postępowania, gdyż z treści uzasadnienia wynikało, jakie zarzuty zostały uznane, a odwołujący mógł skutecznie chronić swój interes, gdyż skorzystał ze środków ochrony prawnej, na nieprawidłowe, jego zdaniem czynności zamawiającego. Izba stwierdziła, że po uzupełnieniu wykaz osób, którym ERBUD SA zamierza powierzyć stanowiska kierowników (budowy i robót), potwierdza wymagane doświadczenie. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że wykonawca ERBUD SA nie spełnił warunku dysponowania osobami z odpowiednimi kwalifikacjami i doświadczeniem w pełnieniu przypisanych im funkcji, jako umiejętności zdobytej i ugruntowanej w trakcie praktyki, tak aby przedmiotowe zamówienie zostało wykonane bez ryzyka niepowodzenia. Stanowisko zajęte przez Zamawiającego, w zakresie podejścia do rozpatrzenia merytorycznych zarzutów protestu ERBUD SA, Izba uznaje za właściwe. Izba niejednokrotnie wypowiedała się, że referencje nie mają charakteru sformalizowanego, wydawane są grzecznościowo, zatem nie muszą wyszczególniać wszystkich prac, ani zawierać dokładnych danych, dotyczących w niniejszym przypadku świadczenia usług w charakterze kierowników, czy to budowy, czy robót branżowych. Wystarczająca jest treść referencji, potwierdzająca należyte wykonanie danej roboty i umożliwiająca jednoznaczne powiązanie tej referencji z odpowiednią pozycją wykazu. Rację miał protestujący, ERBUD SA, stwierdzając, iż podstawą oceny jest jego oświadczenie, zawarte w wykazie, pod którym złożył swój podpis. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że oświadczenia te były nieprawdziwe, może wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, o ile jednocześnie ustali, że informacje te miały wpływ na wynik postępowania. Należy przy tym podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu została wybrana oferta złożona przez innego wykonawcę, niż protestujący, to jest - konsorcjum firm: Grupa 3 J SA, TEHAND Sp. z o.o. Izba w całości uznaje za błędne poglądy odwołującego, że zamawiający może żądać dowolnych

dokumentów na wykazanie doświadczenia osób przeznaczonych do wykonywania zamówienia. Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowi, że zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W zakresie udokumentowania spełnienia warunków udziału, w odniesieniu do personelu wykonawcy, może wymagać oświadczeń i dokumentów, wymienionych w § 1 ust. 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. A więc tylko i wyłącznie wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. W przeciwieństwie do § 3 ust. 1 przywoływanego rozporządzenia (gdzie w odniesieniu do otwartego charakteru udokumentowania spełnienia przez oferowane usługi, dostawy i roboty wymagań SIWZ, używa się zwrotu w szczególności), dyspozycja § 1 ust. 2 rozporządzenia ma charakter zamknięty. Nie jest dopuszczalne żądanie jakiegokolwiek innego dokumentu, na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, niż przewiduje to wymienione rozporządzenie. Pogląd taki przyjmowany jest jednolicie, zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 15 września 2004 r. sygn. akt Ca 529/04. Naruszeniem podanych przepisów, jest również żądanie innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu (np. wyrok ZA z 17.03. 2005 r. UZP/ZO/0 – 451/05. Doświadczenie osób, które będą wykonywać zamówienie, wykonawca ma obowiązek wykazać, ale wyłącznie przy pomocy wykazu, który winien zawierać informacje, w tym zakresie postawione jako warunki udziału. Stanowisko odwołującego, że informacje te powinny zostać potwierdzone dokumentem zewnętrznym określonej treści, to jest referencjami wystawionym dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy lub robót branżowych, przez podmioty, które angażowały wymienione osoby, w okresie odpowiednio: 10, 5 lat i 3 lat, nie znajduje żadnego umocowania prawnego. To samo odnosi się do żądania potwierdzenia przez nadzór budowlany, że wymienione osoby zostały zgłoszone na stanowiska kierownicze na konkretnych budowach. W zakresie, zaś udokumentowania kwalifikacji odpowiednimi świadectwami (uprawnieniami) wypowiada się § 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), i tego rodzaju dokumenty (jak świadectwa, czy uprawnienia angażowanych osób) znajdują się w dokumentach oferty ERBUD SA. Zamawiający zasadnie uwzględnił protest ERBUD SA, stwierdzając, że przedstawione referencje dla osób przez niego wskazanych na stanowisko kierownika budowy i kierowników robót branżowych są właściwe. Zamawiający, stwierdził, że odnośne wymaganie zawarte w SIWZ, dotyczące przedstawienia referencji dla osób wskazanych do realizacji zamówienia, traktował jednolicie w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę. Zasada równego traktowania

wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji nie została naruszona działaniem zamawiającego, (polegającym na uwzględnieniu wyjaśnień, przyjęciu uzupełnionego załącznika nr 5), przy rozstrzygnięciu tego protestu, gdyż zamawiający nie tyle zmienił wymagania żądania referencji, ile przyznał, że zakres informacji, które mają zawierać w odniesieniu do doświadczenia zawodowego kierowników, zgodnie z postanowieniami SIWZ, nie musi być wprost podany w tym dokumencie. Ponadto, jak była mowa wyżej, na zmianę warunków udziału w postępowaniu po terminie złożenia ofert i sposobu udokumentowania doświadczenia zawodowego, odwołujący wniósł odrębny protest z dnia 2 marca 2009 r. Przedstawione zarzuty w tym zakresie nie były objęte protestem ERBUD SA, zatem nie mogą podlegać rozpatrzeniu przez Izbę w niniejszej sprawie. ERBUD SA miał natomiast prawo dać wyraz swym przekonaniom, że żądanie referencji dla kierowników nie było uprawnione. Należy jednak mieć na uwadze, że ERBUD SA podporządkował się wymaganiom SIWZ i przedstawił wymagane referencje w dokumentacji swojej oferty. Zamawiający zasadnie wezwał ERBUD SA na podstawie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów, ale mogło to dotyczyć jedynie wykazu nr 5 zał. do SIWZ. Wykonawca ten w wyznaczonym terminie, uzupełnił te dokumenty przedstawiając kompletne opisy, wymagane w specyfikacji, jako warunki udziału. Przedstawione referencje dla osób, których wykonawca ERBUD SA zamierza zatrudniać w charakterze kierowników, są w ocenie Izby odpowiednie. Uwzględnienie protestu, w zakresie zgłoszonych zarzutów, było więc uzasadnione, nie naruszyło zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji.

Materiał dowodowy sprawy nie potwierdził naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani naruszenia § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2006 r. nr 87, poz. 605 ze zm.), przez dokonane rozstrzygnięcie protestu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów zamawiającego, zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 3600 zł w oparciu o złożony rachunek, stosownie do przepisów § 4 ust. 1 pkt 2b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*