

WYROK
z dnia 13 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm : HAK CONSTRUCTION spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Chorzowska 108 i DROMET spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Częstochowie, ul. Jesienna 139** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20**

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąży wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm : HAK CONSTRUCTION spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Chorzowska 108 i DROMET spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Częstochowie, ul. Jesienna 139** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm : HAK CONSTRUCTION spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Chorzowska 108 i DROMET spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Częstochowie, ul. Jesienna 139** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum Firm : HAK CONSTRUCTION spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Chorzowska 108 i DROMET spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Częstochowie, ul. Jesienna 139 na rzecz Skarbu Państwa – Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę I etapu drogi obwodowej miasta Leżajsk w ciągu drogi krajowej nr 77 Lipnik-Przemyśl odcinek od km ok. 94+968 do km ok. 99+ 067 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i urządzeniami budowlanymi zostało wszczęte przez zamawiającego - Skarb Państwa – Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2010r. za numerem 2010/S 248-379173.

W dniu 19 maja 2011r. zamawiający przesyłką kurierską przekazał Konsorcjum Firm : HAK CONSTRUCTION spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Chorzowska 108 i DROMET spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Częstochowie, ul. Jesienna 139 – zwanemu dalej odwołującym informację o wezwaniu gwaranta do zapłaty z gwarancji ubezpieczeniowej kwoty wadium. Odwołujący otrzymał ją w dniu 20 maja 2011r.

W dniu 30 maja 2011r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm – dalej ustawy) poprzez bezprawne zatrzymanie wadium, pomimo że nie ziszczyły się przesłanki, które uprawniałyby zamawiającego do zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium, oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zwrotu bezprawnie zatrzymanego wadium w kwocie 300.000, 00 PLN (słownie: trzysta tysięcy złotych) wraz z odsetkami na rachunek Wystawcy Gwarancji.

Wskazał, że w wyniku wadliwego zastosowania przez zamawiającego w/w przepisu art. 46 ust 4a ustawy jego interes doznał uszczerbku, bowiem wniesione przez niego wadium w kwocie 300.000,00 PLN (słownie: trzysta tysięcy złotych) zostało bezprawnie zatrzymane. Powołał wyrok Izby z dnia 19 października 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2181/10 w myśl, którego odwołujący się ma interes prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej, skarżąc samą czynność zatrzymania wadium bez jednoczesnego zaskarżenia czynności wykluczenia. Wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przedłożył do oferty wykaz osób - Formularz 3.3. Potencjał Kadrowy. Zamawiający, w piśmie z

dnia 5 kwietnia 2011 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, które miały dotyczyć oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy w zakresie Formularz 3.3. „Potencjał Kadrowy.” W dniu 8 kwietnia 2011 r. odwołujący przesłał zamawiającemu dokumenty, które w jego ocenie potwierdzały spełnienie zapisu 7.2.3) b) IDW, w brzmieniu: „wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca przedstawi wraz z ofertą osoby, na każdą funkcję wymienioną poniżej, które spełniają następujące wymagania: 1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy (1 osoba): -co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie, dróg klasy min. G, w tym co najmniej na 1 zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy min. G o wartości nie mniejszej niż 48 mln PLN brutto.” zawierało, jako załączniki, życiorysy oraz oświadczenia Panów: Zbigniewa Ł. oraz Sławomira L.

Zamawiający, pismem z dnia 14 kwietnia 2011 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy w zakresie dokumentów wskazanych w pkt. 7.2.3)b) IDW - wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - potencjał kadrowy. W odpowiedzi na powyższe, odwołujący pismem z dnia 15 kwietnia 2011r., przedłożył życiorys zawodowy Pana Zbigniewa Ł., życiorys zawodowy Pana Sławomira L. oraz oświadczenia obu Panów, w których pełnili oni funkcję Dyrektora kontraktu - Pan Zbigniew Ł. oraz Kierownika budowy - Pan Sławomir L.. Zamawiający, pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. (GDDKiA 0/Rz-R-2jrn-284/D/31/10/11), na podstawie 26 ust. 3 Pzp ponownie wezwał odwołującego do złożenia dokumentów/oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Pana Zbigniew Ł. w zakresie posiadania przez niego co najmniej 5 letniego doświadczenia na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min G. lub wskazanie innej osoby potwierdzającej spełnienie warunku dot. osoby proponowanej do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy do dnia 28 kwietnia 2011 r. W odpowiedzi na to pismo odwołujący w piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r. stwierdził, iż przedstawił wszystkie niezbędne dokumenty dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Pana Zbigniew Ł. w zakresie posiadania przez niego co najmniej 5 letniego doświadczenia na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min G. W ocenie odwołującego, doświadczenie które posiada Pan Zbigniew Ł., jest wystarczające w świetle SIWZ w sposób,

jaki mógł to zrozumieć odwołujący. Odwołujący jako wadium wniósł gwarancję ubezpieczeniową z dnia 11 lutego 2011 r. (o nr F11170202). W dniu 13 maja 2011r. zamawiający wskazał, że wobec nie przedłożenia przez odwołującego wymaganych dokumentów i oświadczeń na wezwanie wystosowane na podstawie 26 ust. 3 Pzp, zatrzymuje złożone przez odwołującego wadium, chyba że odwołujący udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie - w terminie do dnia 17-05-2011 r. do godz: 12:00.

W dniu 20 maja 2011 r. odwołujący otrzymał, wystosowane przez zamawiającego (beneficjenta), żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej. W żądaniu tym zamawiający powoływał się na fakt spełnienia przesłanek art. 46 ust. 4a Pzp. Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy wskazał, że każdorazowo na wezwanie zamawiającego przedkładał w jego ocenie dokumenty potwierdzające spełnianie warunku dysponowania potencjałem kadrowym, natomiast przepis art. 46 ust. 4 a ustawy może być zastosowany jedynie w sytuacji, gdy odwołujący nie złożyłby żadnego dokumentu czy oświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Podkreślił, że art. 46 ust. 4a ustawy ma charakter szczególnej sankcji i musi być wykładany ściśle i wykonawca nie może być podwójnie karany wykluczeniem z postępowania i zatrzymaniem wadium w sytuacji, gdy starał się zaspokoić żądania zamawiającego wynikające z żądania przedkładając dokumenty. Odwołujący wskazał, że takie rozumienie art. 46 ust. 4a ustawy wynika z orzecznictwa Izby, które jako przykład przywołał : wyrok Izby z dnia 20 października 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2190/10, wyrok Izby z dnia 31 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 309/10, wyrok Izby z dnia 22 marca 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 465/11, wyrok Izby z dnia 27 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 488/09, wyrok Izby z dnia 26 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1749 /09. W ocenie odwołującego powołane orzecznictwo potwierdza, że w przedmiotowym stanie faktycznym przesłanki zastosowania art. 46 ust. 4 a Pzp w przedmiocie zatrzymania wadium w ogóle nie zostały wypełnione, ponieważ odwołujący, na wezwanie zamawiającego, przedłożył wymagane przez niego dokumenty. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że dokumenty złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie, powinny potwierdzać spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, to stanowczego podkreślenia, według odwołującego, wymaga okoliczność, iż przedstawienie przedmiotowych dokumentów nie było możliwe z przyczyn od odwołującego niezależnych. W tym miejscu wskazania bowiem wymaga, iż odwołujący był przekonany, że doświadczenie, które posiada Pan Zbigniew Ł. jest wystarczające. Powyższe wynikało, z błędnego jak się później okazało, zinterpretowania przez Odwołującego pkt 7.2.3)b) 1) IDW. Tym samym, nie możliwym było przedstawienie dokumentów potwierdzających dysponowanie przez odwołującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż de facto odwołujący, pomimo swojego błędnego przekonania nie legitymował się odpowiednim potencjałem kadrowym. W tym zakresie wskazał na wyrok Izby

z dnia 19 października 2010 r. sygn. KIO/UZP 2181/10, wyrok Izby dnia z 13 lipca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1349/10, opinie Urzędu Zamówień Publicznych. Ponownie podkreślił, że jego zdaniem, zamawiający w sposób nieuzasadniony i bezprawny dopuścił się zatrzymania wadium, gdy odwołujący, będąc wezwanym do uzupełnienia, przesłał wszystkie posiadane przez siebie dokumenty, w przekonaniu, że czynią one zadość żądaniu zamawiającego. Ponadto, stanowczego podkreślenia wymaga, iż nawet gdyby przyjąć, że złożone przez odwołującego dokumenty powinny były potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to stanowczego podkreślenia wymaga okoliczność, iż przedstawienie przedmiotowych dokumentów nie było możliwe z przyczyn od odwołującego niezależnych. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 30 maja 2011r. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu HAK CONSTRUCTION Sp. z o.o. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji tego podmiotu zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz działającego w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 31 stycznia 2011r. udzielone przez obu członków konsorcjum i podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z członków konsorcjum, ujawnionymi w KRS, z którego odpisy załączono do odwołania.

W dniu 30 maja 2011r. zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu rozprawy odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący nie kwestionował ani czynności wzywania go do wyjaśnień, ani czynności uzupełnienia dokumentów, ani także czynności wykluczenia go z postępowania. Warunkiem niezbędnym zatrzymania wadium jest niezłożenie dokumentów na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący na wezwanie dokumentów nie przedłożył i nie doszło do ich fizycznego uzupełnienia. Odwołujący jednoznacznie dał do zrozumienia, że jest przekonany, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Podkreślił, że gdyby przyjąć argumentację odwołującego, to byłby to idealna wymówka dla całej rzeszy wykonawców, którzy będą mogli omijać art. 46 ust. 4a ustawy w przypadku każdego biernego zachowania się wykonawcy i wskazywać, że skoro od początku nie spełniali warunków, to nie mogli żądanych dokumentów uzupełnić. Powołał wyrok Sadu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 lipca 2009r. sygn. akt XIX Ga 268/09.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień i modyfikacji treści siwz,

oferty odwołującego, ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego w postępowaniu o zamówienie publiczne, wezwania zamawiającego do wyjaśnień z dnia 4 kwietnia 2011r., odpowiedzi odwołującego z dnia 8 kwietnia 2011r. wraz z załącznikami, wezwania do wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2011r. odpowiedzi odwołującego z dnia 15 kwietnia 2011r., wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 21 kwietnia 2011r., odpowiedzi odwołującego z dnia 27 kwietnia 2011r. wezwania do wykazania, że niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego pismem z 21 kwietnia 2011r. nastąpiło z przyczyn niezależnych po stronie odwołującego z dnia 13 maja 2011r., odpowiedzi odwołującego z dnia , informacji o wyniku postępowania z dnia 29 maja 2011r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

Zgodnie z pkt. 7.2.3 siwz o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m. In. dysponowali osobami zdolnymi do wykonania zamówienia legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, która zostanie im powierzona w tym, 1 osobą do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu / Przedstawiciela wykonawcy posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G, w tym co najmniej na 1 zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy min. G o wartości nie mniejszej niż 48 mln PLN brutto i 1 osobą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą minimum 3 letni staż pracy na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy realizacji robót związanych z budową lub przebudową dróg klasy min. G, w tym co najmniej 1 zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy min G o wartości nie mniejszej niż 48 mln PLN brutto. Podane wartości robót w przypadku wskazania ich w innej walucie niż PLN wykonawca miał przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień , w których nie wystawia się świadectwa przejęcia). Zgodnie z pkt 8.2.3 siwz na potwierdzenie spełniania warunku potencjału kadrowego wykonawcy mieli przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, na formularzu zgodnym z treścią formularza 3.3 (potencjał kadrowy).

W rozdziale 11 siwz zamawiający postawił wymóg wniesienia wadium w wysokości 300 000,00PLN. Zgodnie z pkt. 11.6 zamawiający wskazał, że zatrzyma wadium wykonawcy wybranego, który odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub nie wniesie należytego zabezpieczenia umowy, lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących

po stronie wykonawcy, a wadzą innych wykonawców w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W dniu 29 grudnia 2010r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz poprzez zmianę pkt. 7.2.3. lit. c siwz poprzez dodanie definicji zadania zakończonego i wskazanie, że przez zakończone zadanie zamawiający będzie rozumiał zadania doprowadzone, przy udziale wskazanej osoby, co najmniej do wystawienia świadectwa przejęcia/protokołu odbioru robót.

W ofercie odwołującego na stronach 24-25 znajduje się formularz nr 3.3 – potencjał kadrowy, w którym wskazano w poz. 1 na stanowisko Dyrektora Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy posiadającego co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G, w tym co najmniej na 1 zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy min. G o wartości nie mniejszej niż 48 mln PLN brutto Ł. Zbigniewa posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, doświadczenie 8 lat, wykształcenie wyższe techniczne, Kierownik budowy na zadaniu „Budowa północnej obwodnicy m. Krzepice w ciągu drogi krajowej nr 43” Wartość robót brutto 69 097 896,08zł. Droga klasy GP, jako podstawę dysponowania wskazano zatrudnienie w „Dromet” sp. z o.o. oraz w poz. 2 na stanowisko Kierownika budowy posiadającego co najmniej 3 letni staż pracy na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy realizacji robót związanych z budową lub przebudową dróg klasy min. G, w tym co najmniej 1 zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy min G o wartości nie mniejszej niż 48 mln PLN brutto wskazano Sławomira L. posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności budowlano-konstrukcyjnej nr 87/98 z dnia 24.06.1998r., doświadczenie 13 lat, wykształcenie wyższe techniczne, kierownik budowy na zadaniu „Przebudowa DK 88 w Gliwicach na odcinku 7,2 km o wartości 62 mln PLN”, Droga klasy GP, jako podstawę dysponowania wskazano zatrudnienie w HAK CONSTRUCTION sp. z o.o. Do formularza załączono decyzje o nadaniu uprawnień budowlanych dla wskazanych osób, strona 26 i 28 oraz zaświadczenia z właściwych Okręgowych Izby Inżynierów Budownictwa str. 27 i 29.

W dniu 5 kwietnia 2011r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów wskazanych w pkt 7.2.3)b) IDW – wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Potencjał kadrowy :

- 1) Czy Zbigniew Ł. kandydat na stanowisko Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie stanowisku Dyrektora

Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G. W formularzu 3.3 Potencjał Kadrowy widnieje jedynie zapis, że Zbigniew Ł. posiada 8 letnie doświadczenie, bez określenia stanowiska oraz rodzaju zadań, na których pełnił wymagane przez zamawiającego funkcje,

- 2) Czy zadanie pn. Budowa północnej obwodnicy m. Krzepice w ciągu drogi krajowej 43, przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dla kandydata na stanowisko Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy zostało zakończone tj. doprowadzone przy udziale osoby wykazującej doświadczenie (Zbigniew Ł.) co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót
- 3) Czy Sławomir L. kandydat na stanowisko Kierownika Budowy posiada co najmniej 3 letni staż pracy na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy realizacji robót związanych z budową lub przebudową dróg klasy min. G. W formularzu 3.3 Potencjał Kadrowy widnieje jedynie zapis, że Sławomir L. posiada 13 letnie doświadczenie, bez określania stanowiska oraz rodzaju zadań, na których pełnił wymagane przez zamawiającego funkcje
- 4) Czy zadanie pn. Przebudowa DK 88 w Gliwicach na odcinku 7,3 km, przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dla kandydata na stanowisko Kierownika Budowy zostało zakończone tj. doprowadzone przy udziale osoby wykazującej doświadczenie (Sławomir L.), co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót.

Zamawiający wskazał, że jeśli w oparciu o trzymane informacje stwierdzi, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, wówczas osobnym pismem, odwołujący zostanie wezwany do uzupełnienia nie wniesionych, błędnych lub wadliwych oświadczeń, dokumentów (pełnomocnictw). Uzupełnione oświadczenia i dokumenty będą musiały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymogów zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert.

Odwołujący w dniu 8 kwietnia 2011r. faksem, a następnie pisemnie wyjaśnił, że Zbigniew Ł. w zadaniu „Budowa północnej obwodnicy m. Krzepice w ciągu drogi krajowej nr 43” był Dyrektorem Kontraktu, a nie jak omyłkowo odwołujący wskazał w ofercie Kierownikiem budowy. W celu udokumentowania doświadczenia Zbigniewa Ł. i Sławomira L. przedłożył życiorysy zawodowe obu osób oraz ich oświadczenia. Z życiorysu Zbigniewa Ł. wynika, że dla firmy WADROX S.A. pełnił funkcję przedstawiciela wykonawcy na zadaniach dotyczących dróg klasy G w okresach maj- listopad 2000 (7 miesięcy- modernizacja skrzyżowania), lipiec – wrzesień 2001 (trzy miesiące- modernizacja drogi wojewódzkiej), marzec 2002 - maj 2003 (15 miesięcy-wzmocnienie nawierzchni drogi), kwiecień –sierpień 2006 (5 miesięcy- remont

nawierzchni drogi), lipiec – grudzień 2006 (6 miesięcy-przebudowa skrzyżowania drogi), maj 2006 – październik 2007 (18 miesięcy – odnowa nawierzchni), natomiast dla firmy Dromet jako przedstawiciel wykonawcy i dyrektor kontraktu na zadaniach dotyczących dróg klasy G wykonywał funkcję w okresach kwiecień –listopad 2008 (8 miesięcy- odnowa nawierzchni drogi), czerwiec 2008 – styczeń 2010 (20 miesięcy - budowa obwodnicy), lipiec – grudzień 2010 (6 miesięcy – przebudowa drogi krajowej) i od czerwca 2009 do nadal – przebudowa drogi wojewódzkiej. Odwołujący przedłożył także oświadczenie Zbigniewa Ł., że na zadaniu „Budowa północnej obwodnicy m. Krzepice w ciągu drogi krajowej nr 43” w okresie od 12 czerwca 2008 – 6 stycznia 2010r. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu tj. do momentu wystawienia protokołu odbioru robót.

W dniu 14 kwietnia 2011r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnień w zakresie dokumentów wskazanych w pkt. 7.2.3)b) IDW oraz złożonych wyjaśnień, gdyż oświadczenie w zakresie informacji o doprowadzeniu do wystawienia protokołu odbioru robót powinno być podpisane przez wykonawcę lub upoważnionego przedstawiciela wykonawcy, a nie przez osobę wskazaną w potencjalnie kadrowym.

Zamawiający wskazał, że jeśli w oparciu o trzymane informacje stwierdzi, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, wówczas osobnym pismem, odwołujący zostanie wezwany do uzupełnienia nie wniesionych, błędnych lub wadliwych oświadczeń, dokumentów (pełnomocnictw). Uzupełnione oświadczenia i dokumenty będą musiały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymogów zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert.

W dniu 15 kwietnia 2011r. faksem potwierdzonym następnie pismem odwołujący ponownie przedłożył życiorysy Zbigniewa Ł. i Sławomira L. poświadczony tym razem dodatkowo za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu Hak Construction sp. z o.o. i oświadczenia Zbigniewa Ł. i Sławomira L., co do tego, że zadania wymienione w formularzu 3.3 zostały zakończone przy ich udziale tj. doprowadzone do momentu wystawienia protokołu odbioru robót. Oświadczenia te zostały podpisane odpowiednio przez Sławomira L. i Zbigniewa Ł. oraz poświadczony za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu Hak Construction sp. z o.o.

W dniu 21 kwietnia 2011r. zamawiający wskazał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia dokumentu zgodnie z pkt. 7.2.3)b)1 IDW. Wskazał, że odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz osób – formularz 3.3 „Potencjał Kadrowy” na potwierdzenie spełniania warunku. Z tego wykazu jak i wyjaśnień odwołującego z 8 kwietnia 2011r., w ocenie zamawiającego, nie wynikało, że osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora/Kontraktu/Przedstawiciela Wykonawcy – Zbigniew Ł. posiada doświadczenie w zakresie „co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min.

G. Z przedłożonych dokumentów wynika, że Zbigniew Ł. posiada 38 miesięczne doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy G. Zamawiający zażądał złożenia dokumentu/oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku przez Zbigniewa Ł. w zakresie co najmniej 5 letniego doświadczenia na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G lub wskazanie innej osoby potwierdzającej spełnianie warunku.

W dniu 27 kwietnia 2011r. faksem, a następnie na piśmie odwołujący poinformował zamawiającego, że przedstawił wszystkie niezbędne dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez p. Zbigniewa Ł. w zakresie – co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G. Odwołujący stwierdził, że uwzględnił w ofercie przetargowej Zbigniewa Ł., albowiem doświadczenie, które on posiada jest wystarczające w świetle siwz, w sposób w jaki mógł to zrozumieć wykonawca.

W dniu 2 maja 2011r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że wymagał, zgodnie z pkt 7.2.3.b.1, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca miał przedstawić wraz z ofertą osobę spełniającą wymagania tj. posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G, w tym co najmniej na 1 zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy min. G o wartości nie mniejszej niż 48 mln PLN brutto (zadanie to musi być zakończone tj. doprowadzone, przy udziale wskazanej osoby, co najmniej do wystawienia świadectwa przejęcia/protokołu odbioru robót). Wykonawca wraz z ofertą złożył wykaz osób – formularz 3.3 „Potencjał kadrowy”, na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z wykazu, jak również z wyjaśnień odwołującego z dnia 8 kwietnia 2011r. nie wynikało, że Zbigniew Ł. posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/ Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G. Z przedłożonych dokumentów wynika, że Zbigniew Ł. posiada 38 miesięczne

doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G. W związku z powyższym zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pismem z dnia 21 kwietnia 2011r. wezwał odwołującego do złożenia dokumentu, o którym mowa w pkt 8.2.3. IDW - wykazu osób, które będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy tj. przez Zbigniewa Ł. w następującym zakresie – co najmniej 5 letnie doświadczenie an stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/ Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg klasy min. G lub wskazanie innej osoby potwierdzającej spełnianie tego warunku. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie do 28 kwietnia 2011r. Odwołujący w dniu 27 kwietnia 2011r. złożył jedynie pismo, w którym wyjaśnił, że przedstawił już wszelkie niezbędne dokumenty potwierdzające spełnianie warunku przez Zbigniewa Ł., który spełnia wymagania siwz, w taki sposób w jaki odwołujący był je w stanie zrozumieć. Zamawiający uznał, że bezsprzecznym jest, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 13 maja 2011r. zamawiający poinformował odwołującego o obowiązku zatrzymania wadium oraz udzielił odwołującemu terminu do udowodnienia, że niezłożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy wynika z przyczyn nie leżących po stronie odwołującego.

W dniu 19 maja 2011r. zamawiający zwrócił się do zakładu ubezpieczeń z żądaniem wypłaty gwarancji, pismo to otrzymał odwołujący w dniu 20 maja 2011r.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia. Fakt, iż pod względem ceny oferta ta nie okazała się ofertą najkorzystniejszą nie przesądza jeszcze o utracie interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek dokonanego przez zamawiającego badania i oceny ofert pozycja oferty odwołującego może ulec zmianie. Ustawodawca zapewnił wykonawcom prawo do wniesienia środków ochrony zarówno w sytuacji, gdy mają interes w uzyskaniu zamówienia, jak i gdy mieli taki interes, ale z jakiś przyczyn np. wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty ten interes odpadł. W przedmiotowej sprawie interes odwołującego istniał w chwili złożenia oferty. Odwołujący także może ponieść szkodę w postaci utraty wadium, jeśli okaże się, że zamawiający zatrzymując wadium naruszył przepisy ustawy. W ocenie Izby przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy została

wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy poprzez bezprawne zatrzymanie wadium, pomimo że nie ziszczyły się przesłanki, które uprawniałyby zamawiającego do zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby niezłożenie dokumentów lub oświadczeń dotyczących wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. osobą mającą pełnić funkcję Dyrektora Kontraktu, nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie odwołującego. Z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynika, że odwołujący nie zrozumiał w sposób prawidłowy warunku postawionego przez zamawiającego w pkt 7.2.3)b.1 IDW. Odwołujący wykazał Zbigniewa Ł. jako osobę do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu i w ofercie wskazał, że jest to osoba z 8 letnim doświadczeniem bez skonkretyzowania, jakim doświadczeniem dysponuje Pan Ł. W ramach pierwszego z wezwań do wyjaśnień zamawiający wskazał właśnie na ogólność podanych informacji, nie wskazał natomiast, że kwestionuje posiadane przez Pana Ł. doświadczenie w takim zakresie w jaki nie wskazuje bezpośrednio na doświadczenie przy budowie lub przebudowie drogi klasy min. G. Odwołujący, jak wynika z wyjaśnień złożonych na rozprawie, wymóg wykazania się budową lub przebudową drogi odnosił także do modernizacji dróg i dlatego uważał, że podane w życiorysie Pana Ł. doświadczenie obejmuje wymagany przez zamawiającego czasookres. Zamawiający, jednak w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku z pkt 7.2.3)b.1 IDW wskazał, że zarówno pięcioletnie doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/Kierownika Budowy/Przedstawiciela Wykonawcy jak i 1 zakończone zadanie o wartości min. 48 mln PLN muszą dotyczyć budowy lub przebudowy dróg klasy min. G. Dlatego zamawiający nie uwzględnił jako posiadanego doświadczenia robót wykonywanych przez Pana Ł. polegających na modernizacji dróg, remoncie, czy odnowieniu nawierzchni. Jednakże mimo wiedzy o tym, że odwołujący nie wykazał życiorysem Zbigniewa Ł. wymaganego czasookresu, zamawiający w drugim wezwaniu do wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2011r. nie żądał wyjaśnień, co do tego czy Pan Ł. ma doświadczenie przy budowie lub przebudowie dróg w wymaganym 5 letnim okresie, czy też jaki zakres obejmowało zamówienie wskazywane jako modernizacja, czy odnowa nawierzchni. Drugie wezwanie dotyczy bowiem wyłącznie tego, od kogo powinno pochodzić oświadczenie o zakończeniu zadania. Mogło to pośrednio utwierdzić błąd odwołującego, co do rozumienia opisu sposobu oceny spełniania warunku potencjału technicznego. Izba wzięła pod uwagę fakt, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, mimo braku formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, dwukrotnie w dniach 8 kwietnia 2011 i 15 kwietnia 2011r. uzupełnił dokumenty w celu wykazania spełniania warunku. Art. 46 ust. 4a ustawy nie stanowi sankcji

za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu skutkuje bowiem z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczeniem wykonawcy. Art. 46 ust. 4a ustawy został wprowadzony w celu wyeliminowania nieprawidłowych praktyk wykonawców, którzy w celu wydłużenia postępowania celowo nie przedkładali dokumentów wraz z ofertami nie mając woli ich uzupełnienia na żadnym etapie postępowania, a składali ofertę w celu rozpoznania rynku, lub stworzenia korzystniejszej sytuacji dla powiązanego z wykonawcą podmiotu. Nie jest zatem celem tego przepisu karanie wykonawcy zatrzymaniem wadium, w sytuacji błędu, co do wymogu zamawiającego postawionego w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. W ocenie Izby nie można przyjąć, że samo niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy stanowi podstawę zatrzymania wadium, bez oceny okoliczności, w jakich do niezłożenia tych dokumentów lub oświadczeń doszło. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że przepis art. 46 ust. 4 a ustawy w sposób bezwzględny w każdej sytuacji nakazuje zatrzymanie wadium, gdy wykonawca nie złożył żądanych dokumentów. Przeczy temu stanowisku samo brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy, które pozwala wykonawcy uniknąć zatrzymania wadium poprzez wykazanie, że nie złożył oświadczeń lub dokumentów z przyczyn nieleżących po jego stronie. Izba stoi na stanowisku, że złożenie dokumentów niepotwierdzających spełniania warunku, w przypadku działania w przekonaniu, że za ich pomocą wykazuje się spełnienie warunku, powinno być zbadane pod kątem okoliczności ekskulpacyjnych. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie miał obowiązku składania jakichkolwiek dokumentów na wezwania zamawiającego z dnia 4 i 14 kwietnia 2011r., mógł jedynie poprzestać na wyjaśnieniach, zaś życiorysy i oświadczenia przedłożyć dopiero na wezwanie zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2011r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wówczas skutek wykluczenia odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunku byłby taki sam, ale zamawiający nie miałby podstaw do zatrzymania wadium, gdyż przepis art. 46 ust. 4a ustawy zezwala na zatrzymanie wadium, jedynie w sytuacji niezłożenia żądanych dokumentów, a nie w sytuacji, gdy złożone dokumenty są dokumentami żądanymi przez zamawiającego, ale nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej Izba uważa, że do uzupełnienia dokumentów doszło, choć wykonawca uzupełnił je samodzielnie, bez wezwania. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 46 ust. 4 a ustawy poprzez jego zastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów ustawy wskazanych w uzasadnieniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba analizując treść odwołania nie stwierdziła, aby odwołujący podnosił w uzasadnieniu odwołania naruszenie innych przepisów ustawy niż art. 46 ust. 4a ustawy.

Pomimo uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4 a ustawy, Izba z mocy art. 192 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 2 oddaliła odwołanie, gdyż odwołujący kwestionuje jedynie czynność zatrzymania wadium, nie kwestionując jednocześnie czynności wykluczenia go z postępowania z powodu niespełnienia warunku. W wyniku zatem wydanego orzeczenia w przedmiotowej sprawie oferta odwołującego nie zostanie ponownie uwzględniona w rankingu ofert i nie zmieni się pozycja poszczególnych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. W tym sensie rozstrzygnięcie nie odniesienia żadnego skutku dla wyniku postępowania i nie zmieni czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność zatrzymania wadium jednemu z wykonawców nie ma zatem znaczenia dla zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego zastępstwa prawnego doliczając koszty związane z ustanowieniem pełnomocnika (poniesienie opłaty skarbowej) na podstawie przedłożonego rachunków z ograniczeniem wynagrodzenia pełnomocnika do maksymalnej kwoty dopuszczonej w rozporządzeniu (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....