

Sygn. akt: KIO 2027/12

Sygn. akt: KIO 2043/12

## WYROK

z dnia 8 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum wykonawców: S..... O..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów (Lider Konsorcjum), AC Konserwacja Zabytków P....., K..... Spółka Jawna Kraków (Partner Konsorcjum), M..... K..... Zakład Remontowo Budowlany Kraków (Partner Konsorcjum) oznaczonego Sygn. akt KIO 2027/12
2. wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. Warszawa ozn. Sygn. akt KIO 2043/12

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Historyczne Miasta Krakowa Kraków

orzeka:

1. oddala obydwie odwołania
2. kosztami postępowania obciąża S..... O..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów (Lider Konsorcjum), AC Konserwacja Zabytków P....., K..... Spółka Jawna Kraków (Partner konsorcjum), M..... K..... Zakład Remontowo Budowlany Kraków (Partner Konsorcjum) i Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez S..... O..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów (Lider Konsorcjum), AC Konserwacja Zabytków P....., K..... Spółka Jawna Kraków (Partner konsorcjum), M..... K..... Zakład Remontowo Budowlany Kraków (Partner Konsorcjum) i Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. Warszawa tytułem wpisów odwołań,

2.2. zasądza od S..... O..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów (Lider Konsorcjum), AC Konserwacja Zabytków P....., K..... Spółka Jawna Kraków (Partner konsorcjum), M..... K..... Zakład Remontowo Budowlany Kraków (Partner Konsorcjum) na rzecz Muzeum Historyczne Miasta Krakowa Kraków kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.3. zasądza od Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. Warszawa na rzecz Muzeum Historyczne Miasta Krakowa Kraków kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

### Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa na cele muzealne zespołu obiektów wraz z instalacjami i sieciami na dz. nr 313 obr.1 Śródmieście w zakresie robót finansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego – Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013, Oś Priorytetowa 5. Krakowski Obszar Metropolitarny, Działanie 5.2. – Rozwój funkcji metropolitarnych Krakowskiego Obszaru Metropolitarnego.”

Zamówienie dotyczy głównej siedziby Muzeum Historycznego Miasta Krakowa, który jest zamawiającym.

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 lipca 2012r. pod poz. 265524-2012 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołania zostały wniesione w dniu 24 września 2012r. przez konsorcjum wykonawców: S..... O..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów (Lider Konsorcjum), AC Konserwacja Zabytków P....., K..... Spółka Jawna Kraków (Partner konsorcjum), M..... K..... Zakład Remontowo Budowlany Kraków (Partner Konsorcjum) zwane dalej „konsorcjum wykonawców” lub „odwołujący” oraz przez Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. Warszawa zwane dalej „polskie pracownie” lub „odwołujący”.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

Odwołanie konsorcjum wykonawców oznaczone Sygn. akt KIO 2027/12 zawierało następujące zarzuty i żądania.

Zarzuty dotyczyły niezgodnej z prawem czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w wyniku której odwołujący został wykluczony z postępowania a w efekcie nie zaproszony do składania oferty.

Odwołujący podniósł, że takie działania stanowią naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynnościom i zaniechaniem zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” to jest art.7 ust.1 i 3 poprzez nie zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców, art. 22 ust.4 poprzez opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu, który w części nie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia oraz jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, art. 24 ust.2 pkt 4 art. 26 ust.3 oraz art. 51 poprzez dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z ustawą i w konsekwencji poprzez uznanie, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu a następnie przez nieuzasadnione zaniechanie zaproszenia odwołującego do złożenia oferty i wykluczenia go z postępowania, art. 25 ust.1 poprzez nieprecyzyjne wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie tak wskazanych naruszeń przepisów ustawy Pzp odwołujący zażądał nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny wniosku i wykluczenia go z postępowania, nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosku, orzeczenie co do kosztów postępowania odwoławczego przez obciążenie nimi zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano na okoliczność zawiadomienia o wyniku oceny wniosków pismem zamawiającego z dnia 19 września 2012r., w którym to wykluczył odwołującego z postępowania.

Jak wskazał w zawiadomieniu zamawiający przyczyną wykluczenia z postępowania odwołującego było nie wykazanie 5 letniego doświadczenia osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika budowy.

Z taką oceną odwołujący nie zgadza się, ponieważ wskazana osoba posiada w jego ocenie wymagane 5 letnie doświadczenie jako kierownik budowy. Bowiem co do zasady odwołujący uważa, że wskazana przez niego osoba pełniąc funkcje inspektora nadzoru budowlanego uzyskała takie samo doświadczenie jak kierownik budowy a nawet w wyższym stopniu, ponieważ nadzoruje czynności kierownika budowy jako przedstawiciel inwestora. Odwołujący podnosi, że sprawowanie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego można uznać za tożsame z doświadczeniem osoby pełniącej funkcje kierownika budowy. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał takie kompetencje inspektora nadzoru jak: reprezentowanie na budowie inwestora w zakresie zgodności realizacji budowy z dokumentacją techniczną, pozwoleniem na budowę, zgodności z przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, sprawdzanie jakości wykonywanych robot i wbudowanych materiałów budowlanych w tym sprawdzanie oraz odbiór robot budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych, przygotowanie i udział w czynnościach odbioru i przekazania obiektów do użytkowania. Inspektor nadzoru budowlanego posiada uprawnienia do dokonywania wpisów do dziennika budowy zawierające polecenia usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób i badań, także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych. Inspektor nadzoru ponosi

odpowiedzialność wobec inwestora w przypadku odbioru wadliwych robót. Podsumowując przedstawione kompetencje i obowiązki inspektora nadzoru, odwołujący stwierdza, że pozycja inspektora nadzoru budowlanego w związku z jego nadrzędnymi uprawnieniami w stosunku do kierownika budowy prowadzi do wniosku, że wiedza i doświadczenie oraz znajomość procesu budowlanego muszą być co najmniej takie same jak kierownika budowy. Na możliwość zaliczenia jako równoważnych doświadczeń kierownika budowy i inspektora nadzoru budowlanego, odwołujący wskazuje regulacje niniejszego postępowania umożliwiające zaliczenie jako równoważnych doświadczeniom kierowników poszczególnych robót branżowych z doświadczeniami inspektora nadzoru budowlanego czy kierownika robót. W ocenie odwołującego wymagane kompetencje na przedmiotowej budowie nie będą odbiegały od wymaganych kompetencjach na innych budowach.

Odwołujący wskazał na wadliwość sformułowanego wymogu, który dyskredytuje aktywne osoby w stosunku do innych osób, które np: w odległej przeszłości wykonywały funkcje kierownika budowy w stosunku do osób w przeszłości i aktualnie aktywnych ale nie bezpośrednio jako kierownik budowy ale np.: inspektor nadzoru inwestorskiego. Wskazał również na brak związku postawionych wymogów w odniesieniu do kierownika budowy w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieproporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia czym naruszono art. 22 ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym odwołujący wskazał na okoliczność, że zarówno kierownik budowy jak i inspektor nadzoru budowlanego muszą posiadać tego samego rodzaju państwowe uprawnienia budowlane. W związku z tym różnicowanie tychże funkcji przy spełnieniu wymogu doświadczenia kierownika budowy jest nieuprawnione.

Drugie z rozpatrywanych odwołań oznaczone Sygn. akt KIO 2043/12 złożone przez polskie pracownice dotyczyło również czynności wykluczenia z postępowania i nie zaproszenia do składania oferty.

Przyczyną wykluczenia z postępowania było nie złożenie dokumentu zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia w formie oryginału, pomimo wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.26 ust.2 b i 3 oraz art.7 ust.1 poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z powodu nie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i dysponowania potencjałem technicznym, podczas gdy odwołujący spełnia warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia co zostało zapewnione poprzez złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego wraz z wnioskiem. Natomiast zamawiający nie postawił w postępowaniu wymogu

dysponowania potencjałem technicznym. Również poprzez niezasadne uznanie, że odwołujący na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym nie złożył oryginału zobowiązania Pracowni Archeologiczno – Konserwatorskiej PKZ w Tarnowie sp. z o.o. i tym samym nie została zachowana forma pisemna, podczas gdy odwołujący złożył oryginał zobowiązania w formie pisemnej w terminie wskazanym przez zamawiającego w szczególności oświadczenie pt „Wykaz osób” – zał. nr 4 i oświadczenie złożone w załączniku nr 2. Naruszenie art.26 ust.3 w związku z art. 7 ust.1 poprzez stwierdzenie, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została złożona kopia Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej PKZ” czyli brak zobowiązania w formie pisemnej, co stanowiło nieprecyzyjne wezwanie odwołującego tj. takie wezwanie, z którego nie wynikało, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być zdaniem zamawiającego złożone w oryginale (z oryginalnym podpisem udostępniającego). Poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, podczas gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego jako dokument na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu może być złożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Naruszenie art. 7 ust.1 w związku z art. 96 ust.3 Pzp poprzez odmówienie odwołującemu wglądu do dokumentacji postępowania na dzień 24 września 2013r. godz.10.00, pomimo, że w tym dniu upływa termin na wniesienie odwołania, przez co nastąpiło utrudnienie w skutecznym skorzystaniu ze środka ochrony prawnej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny wniosków z udziałem wniosku odwołującego i w konsekwencji zaproszenia odwołującego do składania ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że zamawiający wezwał go pismem z dnia 28.08.2012r. do uzupełnienia dokumentu „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów to jest Pracownia Architektoniczno – Konserwatorska PKZ Tarnów sp. z o.o., ponieważ załączone zobowiązanie do oferty zostało złożone w formie kopii a nie oryginału. Jednocześnie wskazał, że złożone dokumenty należy przedłożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Odwołujący zarzucił, że wezwanie było nieprecyzyjne i niejasne. Bowiem odwołujący złożył przedmiotowe dokumenty do wniosku. „Odwołujący nie był w stanie wywnioskować, jaka tak naprawdę jest treść wezwania w pkt 5 pisma z dnia 28.08.2012r. Wezwanie dotyczyło uzupełnienia „pisemnego zobowiązania”, podczas gdy zostało ono już przez odwołującego złożone wraz z wnioskiem. Dotyczyło ono „niezbędnych zasobów” bez wskazania, o które konkretnie zasoby chodzi.” Odwołujący również wskazał, że mimo powyższego podmiot trzeci w terminie zakreślonym uzupełnił „pisemne zobowiązanie” w oryginale. To jest w szczególności oświadczenie pt” Wykaz osób” – zał. nr 4 i oświadczenie złożone na zał. nr 2.

Dla odwołującego skoro zamawiający otrzymał wykazy osób, które będą udostępnione to odwołujący udowodnił, że będzie dysponował tymi zasobami a tym samym spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący uważa pomimo, że dokument o którym mowa w art.26 ust.2 b nie jest dokumentem znajdującym się w katalogu dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane to należy do zobowiązania podmiotu trzeciego je stosować. Czyli nie ma żadnego obiektywnego argumentu, by nie zastosować do zobowiązania podmiotu trzeciego § 6 ust.1 wymienionego rozporządzenia wskazującego, że dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogą być składane w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Przede wszystkim należy podnieść, że możliwość taka nie stoi w sprzeczności z literalną treścią art.26 ust.2b ustawy Pzp, gdzie mowa jest „o pisemnym zobowiązaniu” (zakładającym wyrażenie „na piśmie” a nie o „formie pisemnej”) rozumianej zgodnie z kodeksem cywilnym jako wymóg złożenia własnoręcznego podpisu. Zgodnie z literą art. 26 ust.2 b ustawy Pzp zobowiązanie (jednostronne zobowiązanie) musi być wyrażone na piśmie, ale nie jest konieczna forma pisemna. Nie ma powodu żeby traktować wykonawców, którzy posługują się potencjałem osób trzecich gorzej niż tych, którzy posługują się potencjałem własnym w tym w ramach konsorcjum. Zeskanowany czy skserowany dokument z podpisem oznacza, że zobowiązanie istnieje i nie ma powodów, by fakt ten kwestionować i uznawać za nieudowodniony. Jest to mnożenie nadmiernych wymogów, jedynie w oparciu o źle pojęty formalizm, nie uwzględniający wykładni celowościowej i wymogu równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 04.10.2012r. zamawiający na rozprawie przedłożył odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołań. Przy czym w odniesieniu do odwołania konsorcjum wykonawców o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie. W obu odwołaniach przedstawiono argumentację formalną i prawną popartą na rozprawie.

Zamawiający w sprawie konsorcjum wykonawców nie zgadza się z argumentacją, że doświadczenie uzyskane przez inspektora nadzoru inwestorskiego jest równoważne z doświadczeniem kierownika budowy i przedstawia na tę okoliczność własną argumentację, na podstawie której różnicuje te obydwie funkcje procesu inwestycyjnego stwierdzając, że inne doświadczenie zdobywa kierownik budowy a inne doświadczenie inspektor nadzoru inwestorskiego.

Zamawiający co do odwołania polskich pracowni to nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, ponieważ pismo w sprawie wezwania do uzupełnienia zobowiązania

Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej PKZ sp. z o.o. Tarnów, przez doręczenie oryginału zobowiązania do udostępnienia cudzych zasobów, było jednoznaczne w zakresie żądania oryginału w zamian dołączonej do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła i zważyła

Izba ustaliła.

Co do przysługiwania środków ochrony prawnej.

Przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja obiektu Pałac pod Krzysztofory - głównej siedziby Muzeum Historycznego Miasta Krakowa”.

Zamawiający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego a przedmiotem zaskarżenia w obydwu odwołaniach jest ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez zamawiającego.

Ośmiu wykonawców złożyło wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyniku badania wniosków zamawiający stwierdził, że na ośmiu wykonawców dwóch nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i ci wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania a następnie złożyli odwołania. Przy czym zamawiający nie przyznawał punktów wykonawcom, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, ponieważ liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu nie przekracza liczby wykonawców przewidzianej w celu zaproszenia do składania ofert. Jak powyżej wskazano obydwaj wykluczeni wykonawcy złożyli odwołania.

W powyżej opisanym stanie rzeczy Izba uważa, że obydwaj wykonawcy posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ mogą być zaproszeni do składania ofert a w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp mogą ponieść szkodę w wyniku tego naruszenia.

Tym samym obydwaj odwołujący spełniają przesłanki z art.179 ust.1 ustawy Pzp uprawniające do wniesienia odwołania.

Co do ustalenia stanu faktycznego i prawnego wniesionych odwołań.

Sygn. akt KIO 2027/12.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu ogłaszając warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał zadysponowania osobą na stanowisko kierownika budowy, która będzie spełniać szereg wymagań co do wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia zawodowego. W zakresie doświadczenia zawodowego wymagano między innymi co najmniej 5 – ciu lat kierowania budową (kierownik budowy). W Ogłoszeniu o zamówieniu również ustalono wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego dla kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych i jeżeli chodzi o analogiczny wymóg doświadczenia praktyki zawodowej w budownictwie ustalono, że wymaga się 8 lat pracy zawodowej w budownictwie, w tym minimum 4 lata jako kierownik robót konstrukcyjno – budowlanych lub kierownik budowy lub inspektor nadzoru inwestorskiego robót konstrukcyjno – budowlanych.

Izba przeprowadziła dowód: Z Ogłoszenia o zamówieniu, z którego wynika: III.3.4.)Osoby zdolne do wykonania zamówienia Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku. Wykonawca musi dysponować następującym potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: 1) kierownik budowy; minimalne wymagania: wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, przynależność do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, odbycie co najmniej 2 – letniej praktyki zawodowej na budowie przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków, 10 lat pracy zawodowej w budownictwie w tym 5 lat jako kierownik budowy, doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla co najmniej 2 zadań obejmujących roboty budowlane na obiektach kubaturowych wpisanych do rejestru zabytków.

Zamawiający dokonując badania wniosków stwierdził, że osoba wskazana na to stanowisko nie posiada doświadczenia pięcioletniego jako kierownik budowy.

Izba przeprowadziła dowód z wniosku odwołującego i stwierdziła, że znajduje się w nim Wykaz osób, które są przewidziane do realizacji zamówienia w tym na stanowisko kierownika budowy Pani T.W. wykształcenie wyższe techniczne, z podaniem numeru uprawnień i szczegółowego zakresu, doświadczenie zawodowe 25 lat, stanowisko kierownik budowy – na załączniku Nr 4 Wzór wykazu osób. Poza tym w zakresie osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót Pani T. W. decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie na kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej wydana przez Architekta w Nowym Sączu,

Dyplom Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki Wydział Inżynierii Lądowej. Załączono Tabelę doświadczenie zawodowe do kierowania robotami budowlanymi w obiektach zabytkowych lub objętych ochroną konserwatorską za okres od lipca 2007r. do 30.03.2012r. Z przeprowadzonego dowodu z wzmiankowanej tabeli wynika, że Pani T.W. pełniła w tych latach następujące funkcje: 2007-2010 kierownik robót, 2011- 2012 kierownik budowy.

Zamawiający w dniu 28.08.2012r. wezwał odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń a przedmiotowym przypadku do uzupełnienia załącznika nr 4 Wykaz osób w zakresie między innymi odnośnie kierownika robót z opisem tego stanowiska - posiada 5 lat doświadczenia jako kierownik budowy. Izba przeprowadziła dowód z pisma zamawiającego z dnia 28.08.2012r. W wezwaniu znajduje się zapis „Działając na podstawie art.26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych wzywamy Państwa, do uzupełnienia załącznik nr 4 Wykaz osób w zakresie: Kierownik budowy: - Posiada 5 lat doświadczenia jako kierownik budowy.

Pismem z dnia 3 września 2012 r. konsorcjum wykonawców uzupełniło wykaz nr 4 o informacje w zakresie doświadczenia zawodowego poszczególnych osób biorących udział w realizacji zamówienia potwierdzające ich doświadczenie wymagane przez zamawiającego; dodatkowo dołączono załączniki ze wskazaniem szczegółowego zakresu doświadczenia tych osób.

Izba przeprowadzając dowód z tego pisma stwierdziła, że odwołujący załączył nowy Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia na wzorze zał. Nr 4 Wykaz osób przewidywanych do realizacji zamówienia a z poz. 1 tabeli wynika, że na stanowisku kierownika budowy przewidywana jest osoba z wykształceniem wyższym technicznym, posiadająca uprawnienia ze wskazaniem ich numeru nadania oraz z następującym doświadczeniem zawodowym: 25 lat w tym 5 lat na stanowisku kierownika budowy lub inspektora nadzoru zgodnie z załączonym wykazem. Z załączonego szczegółowego Wykazu dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy wynika następujące doświadczenie zawodowe. Przedstawione w ujęciu tabelarycznym doświadczenie zawodowe Pani T.W. obejmuje 40 pozycji ze wskazaniem miejsc wykonywania Inwestor, rodzaj robót, pełniona funkcja, data wykonania. Wśród pełnionych funkcji znajdują się; inspektor nadzoru, kierownik budowy. Przy czym funkcje kierownika budowy Pani T.W. pełniła w okresie od 2011r. do 2012r. Tabela obejmuje doświadczenie zawodowe w latach 2005-2012.

Sygn. akt KIO 2043/12.

Izba przeprowadziła dowód z Ogłoszenia o zamówieniu. W ogłoszeniu o zamówieniu znajdują się następujące zapisy co do zasobów podmiotów trzecich. "Jeżeli Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia konieczny jest udział tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia. Udział ów nie musi polegać na pełnieniu roli podwykonawcy. Pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia winno zatem obejmować także udział w realizacji zamówienia."

W celu sprawdzenia czy zostały spełnione warunki korzystania z zasobów podmiotów trzecich Izba przeprowadziła dowód z wniosku odwołującego. We wniosku znajduje się zobowiązanie z dnia 02.08.2012r. wystawione przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską PKZ w Tarnowie Sp. z o.o. z którego wynika, że zobowiązuje się oddać do dyspozycji potencjał techniczny, zdolności finansowe i osoby zdolne do wykonania zamówienia. Jak również możliwość bezpośredniego udziału specjalistów w realizacji zadania. Do zobowiązania dołączono szereg dokumentów zgodnie z §1 ust.3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Zobowiązanie przedstawiono w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez odwołującego.

Z pisma z dnia 28.08.2012r. zamawiającego do odwołującego, po badaniu wniosku, z pkt 5 Wynika „Działając na podstawie art.26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych wzywamy Państwa, do uzupełnienia pisemnego zobowiązania Pracowni Archeologiczno - Konserwatorskiej PKZ w Tarnowie Sp. z o.o. dotyczących oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. We Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została bowiem kopia, nie zaś zobowiązanie w formie pisemnej.

W zakończeniu pisma pod poszczególnymi punktami pisma zawarto zapis „Uzupełnione dokumenty należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonyj za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (...).”

Odpowiadając na wezwanie odwołujący w dniu 31.08.2012r. odpowiedział. Izba przeprowadziła dowód z następujących pism: pismo z dnia 31.08.2012r. godz.9.40 w dniu 03.09.2012r. „Ad.5 Pisemne zobowiązanie Pracowni Archeologiczno – Konserwatorskiej

PKZ w Tarnowie Sp. z o.o. dotyczące oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zostanie w oryginale dostarczona przez przedstawiciela firmy PKZ w Tarnowie Sp. z o.o.

Dokumenty od Pracowni Archeologiczno – Konserwatorskiej PKZ w Tarnowie Sp. z o.o. z dnia 31.08.2012r. godz.12.30.: oświadczenie w d.ł. Zał. nr 2 z Wykazem osób; oświadczenie w d.ł. Zał. nr 5 o posiadanych uprawnieniach budowlanych; Zał. nr 4 Wykaz osób, opis doświadczenia Pana E.D. archeologa - konserwatora zabytków.

Sygn. akt KIO 2027/12 i KIO 2043/12

Zamawiający na podstawie uzyskanych uzupełnień przez obydwu odwołujących w dniu 19.09.2012r. dokonał oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wykluczenia z postępowania odwołujących następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Co do wniosku konsorcjum wykonawców uznał, że nie spełniono warunku dla kierownika budowy w zakresie wymogu 5 lat praktyki zawodowej. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego, że za równoważne z doświadczeniem kierownika budowy należy przyjąć również doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego. Tym samym należało w jego ocenie wykluczyć z postępowania odwołującego, który pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp nie spełnia warunku opisanego w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Co do wniosku drugiego odwołującego polskie pracownie to zamawiający wobec nie doręczenia oryginału zobowiązania Pracowni Archeologiczno - Konserwatorskiej PKZ w Tarnowie Sp. z o. o. pomimo wezwania w trybie art. 26 ust.3 ustawy i zobowiązania odwołującego, że oryginał zostanie doręczony, zamawiający postanowił również o jego wykluczeniu z postępowania.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie przeprowadzonego dowodu z pisma z dnia 19.09.2012r. zamawiającego o wykluczeniu z postępowania oraz o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba zważyła.

Obydwa odwołania Izba oddaliła uznając zarzuty podniesione w odwołaniach za bezpodstawne.

Sygn. akt KIO 2027/12

Co do odwołania konsorcjum wykonawców to Izba argumentację odwołującego, w zakresie doświadczenia wymaganego dla kierownika budowy za tożsamą z doświadczeniem inspektora nadzoru inwestorskiego, uznaje za bezzasadną. Jak wynika z powyżej przywołanych zapisów Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w jednoznaczny sposób określił, że funkcję kierownika budowy może objąć osoba, która pełniła funkcje kierownika budowy przez okres co najmniej pięciu lat. Z kolei jak powyżej również zacytowano zapisy Ogłoszenia o zamówieniu dla kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych zamawiający wymaga również kilkuletniego doświadczenia w budownictwie z tymże na równi z funkcją kierownika robót uważa funkcje kierownika budowy czy inspektora nadzoru budowlanego. Porównując te obydwie zapisy Ogłoszenia o zamówieniu należy stwierdzić, że warunki dla kierownika budowy są co prawda bardziej rygorystyczne ale jednoznaczne. Co oznacza, że kierownikiem budowy może być tylko taka osoba, która już pełniła funkcje kierownika budowy. Natomiast mniej rygorystycznie ale również jednoznacznie zamawiający ustalił warunki dla kierownika robót, ponieważ nie tylko doświadczenie jako kierownik robót ale również doświadczenie jako kierownik budowy czy inspektor nadzoru inwestorskiego upoważnia do kwalifikacji spełnienia wymogu dla kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych. Tak postawione warunki co do doświadczenia kierownika budowy oraz kierownika robót zostały uznane przez potencjalnych wnioskodawców, ponieważ w tym zakresie nie było zastrzeżeń przed terminem składania wniosków. W takiej sytuacji należy uznać, że wymagania zamawiającego są wiążące. Natomiast odwołujący zaskarżając czynność wykluczenia z postępowania podnosił ich nieadekwatność i nadmierność w stosunku do wykonywanego zamówienia. Izba uważa, że na tym etapie postępowania tego rodzaju zarzut nie podlega rozpoznaniu, ponieważ co podnosił zamawiający, tego rodzaju zarzut jest spóźniony. Niemniej Izba rozpatrując odwołanie dokonała osądu co do tego czy funkcje inspektora nadzoru inwestorskiego są równoważne z funkcjami kierownika budowy. Z doświadczenia zawodowego i życiowego Izby należy wywieść wniosek, że funkcje wykonawcze i funkcje nadzoru są nieporównywalne. BOWIEM ich celem są inne zadania. Kierownik budowy odpowiada za wykonanie robót budowlanych a inspektor nadzoru inwestorskiego odpowiada za nadzorowanie prac kierownika budowy. Przy czym rozważanie, że skoro inspektor nadzoruje a kierownik buduje to ten pierwszy ma większe doświadczenie i wiedzę nie jest tutaj uprawnione. BOWIEM każdy z nich z racji wykonywanych funkcji posiada inne doświadczenie i w efekcie inną wiedzę. Poza tym żadne przepisy w tym prawa budowlanego tego rodzaju systematyzacji nie przewidują np.: że inspektorem nadzoru może zostać tylko i wyłącznie osoba z praktyką na stanowisku

kierownika budowy. Gdyby przepisy prawa taki warunek stawiały to można byłoby wywieść porównywalność doświadczenia i wiedzy kierownika budowy z doświadczeniem i wiedzą inspektora nadzoru inwestorskiego. Natomiast z racji różnych funkcji i zadań do wykonania na budowie należy stwierdzić, że na obydwu stanowiskach uzyskuje się odmienne doświadczenie a w efekcie wiedzę. Kierownik budowy to gospodarz, który organizuje pracę ludzi, sprzętu, prowadzi gospodarkę materiałową, dba o bezpieczeństwo bhp ludzi, dba o zabezpieczenie budowy a przede wszystkim odpowiada za efekt jakim jest uzyskanie obiektu budowlanego zgodnego z dokumentacją techniczną, przepisami budowlanymi, zasadami sztuki i wiedzy budowlanej. Z kolei inspektor nadzoru budowlanego pełni czynności kontrolne z ramienia inwestora w zakresie również zgodności prac na budowie z dokumentacją techniczną, przepisami prawa budowlanego oraz wiedzą i sztuką budowlaną. Zatem, pełniąc funkcje kierownika budowy albo inspektora nadzoru budowlanego, osoby wykonujące te funkcje uzyskują różne doświadczenie. Jedna osoba wykonująca funkcje kierownika budowy uzyskuje doświadczenie w realizacji, w wykonaniu a osoba wykonująca funkcje inspektora nadzoru budowlanego uzyskuje doświadczenie w nadzorze i kontroli. Reasumując z faktu kontrolowania czy nadzorowania nie uzyskuje się doświadczenia związanego z realizacją i wykonaniem roboty budowlanej. Owszem jeżeli chodzi o wykształcenie i kwalifikacje kierownika budowy i inspektora nadzoru budowlanego to są one tożsame. Wynika to np.: z decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (powyżej cytowana decyzja Pani T.W. przewiduje upoważnienie do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót). Decyzja ta jest przepustką do objęcia zarówno funkcji kierownika budowy jak i inspektora nadzoru inwestorskiego ale dopiero pełnienie tych funkcji daje doświadczenie czy to kierownika budowy czy to inspektora nadzoru inwestorskiego. Natomiast w ocenie Izby nie można stwierdzić, że tożsame jest doświadczenie tychże osób z racji pełnionych funkcji na budowie kierownika budowy czy inspektora nadzoru inwestorskiego. Zdecydowanie są to różne funkcje a zamawiający jednoznacznie określił, że kierownikiem budowy może być osoba z doświadczeniem kierownika budowy. Natomiast dla kierownika robót dopuścił doświadczenie zarówno kierownika robót, kierownika budowy jak i inspektora nadzoru inwestorskiego. Zapisy Ogłoszenia o zamówieniu są w tym zakresie jednoznaczne i nie można uwzględnić argumentacji odwołującego.

Również ustawa Prawo budowlane odrębnie reguluje status (prawa i obowiązki kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego w art. 22, 23, 25, 26 tejże ustawy). Kierownik budowy podejmuje i realizuje decyzje na budowie a inspektor nadzoru inwestorskiego je nadzoruje i kontroluje. Natomiast co do relacji tychże stanowisk na budowie ustawa Prawo budowlane rozstrzyga jedynie co do zakazu łączenia tychże funkcji ( art.24 tejże ustawy).

Z powyższych względów formalnych i prawnych Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp a tym samym z racji art. 192 ust.2 teje ustawy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2043/12

Odwołujący polskie pracownie został wezwany do doręczenia Zobowiązania podmiotu trzeciego w wersji oryginału (zamawiający w wezwaniu stwierdził, że we wniosku załączono kopię, więc wzywa do doręczenia w formie pisemnej zobowiązania). Tego wezwania odwołujący nie zakwestionował a nawet potwierdził (w wykonaniu wezwania stwierdził, że oryginał zobowiązania doręczy sam podmiot trzeci), że to wezwanie wykona. Niemniej na rozprawie odwołujący nie udowodnił, że Zobowiązanie doręczył w oryginale na wezwanie zamawiającego. Powyższe okoliczności Izba ustaliła na podstawie powyżej opisanych dowodów, które przeprowadzono na rozprawie. Obowiązek doręczenia na wezwanie oryginału dokumentu na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu (zobowiązanie podmiotu trzeciego) Izba wywodzi nie z treści art. 26 ust.2 b ustawy Pzp a z treści § 6 ust.3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817) zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” Przepis ten upoważnia zamawiającego do wezwania wykonawcy do przedłożenia oryginału dokumentu gdy uzna kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem za nie wystarczające. Co prawda zamawiający w wezwaniu żądając doręczenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego nie określił z jakiego powodu i na jakiej podstawie prawnej żąda takiej formy Zobowiązania ( t.j. formy pisemnej zobowiązania). Niemniej wezwanie zamawiającego co do oryginału dokumentu sformułowane w pkt 5 pisma jest jednoznaczne i jasne. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że wezwanie co do formy było niejasne i niejednoznaczne. Po pierwsze skoro odwołujący do wniosku załączył kserokopie zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzone za zgodność z oryginałem przez odwołującego to wezwanie z dookreśleniem, że ma to być forma pisemna należy odczytywać jednoznacznie co do intencji zamawiającego. Nie ma tutaj znaczenia cytowany powyżej zwrot w części końcowej pisma zamawiającego, że dokumenty należy dostarczyć w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Bowiem pismo wezwanie zamawiającego obejmowało wezwanie do uzupełnienia szeregu dokumentów czyli formuła oryginał lub kserokopia potwierdzona za zgodność z oryginałem odnosiła się do pozostałych dokumentów (czyli poza pkt 5) gdzie zamawiający nie określił ich formy jako formy pisemnej. Zatem skoro w pkt.5 odnoszącym się do Zobowiązania podmiotu trzeciego zamawiający

określił, że ma być dostarczony dokument w formie pisemnej to wezwanie było jasne i jednoznaczne i nie był wprowadzony odwołujący w jakikolwiek błąd przez zawarcie w dalszej części pisma o dostarczeniu dokumentów w oryginale lub z potwierdzeniem za zgodność z oryginałem. Tym bardziej, że w piśmie odwołującego stanowiącym wykonanie wezwania wyraźnie stwierdza się, że odrębnie zostanie dostarczony oryginał pisma z pkt 5 wezwania zamawiającego.

Izba przyznaje racje zamawiającemu co do zasadności wykluczenia z postępowania z powodu nie doręczenia Zobowiązania podmiotu trzeciego w wersji oryginalnej (forma pisemna).

Niemniej Izba nie podziela poglądu zamawiającego co do tego, że z treści art. 26 ust.2 b ustawy Pzp wynika forma pisemna dla zobowiązania podmiotu trzeciego z przywołanym na poparcie argumentacji art. 27 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 78 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. W ocenie Izby zwrot w art. 26 ust.2 b ustawy Pzp oznacza, że zobowiązanie podmiotu ma mieć charakter pisemny co nie oznacza, że zobowiązanie załączone do wniosku czy oferty co do zasady ma być dołączone w formie oryginału. Ustawodawca o formie pisemnej zastrzegł np.: w art. 82 ust.2 ustawy Pzp regulując, że oferty pod rygorem nieważności składa się w formie pisemnej albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kolejny zapis o formie pisemnej to art. 180 ust.4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W przepisach tych mówi się o formie pisemnej a nie o pisemnym zobowiązaniu. Przywoływany przez zamawiającego art.27 ust.1 ustawy Pzp na poparcie wymogu formy pisemnej zobowiązania złożonego z ofertą w ocenie Izby jest bezprzedmiotowy. Przepis ten reguluje formy porozumiewania się a nie formę oferty czy dokumentów dołączanych do oferty (art.27 ust.1 W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną). Co do zasady zobowiązanie podmiotu trzeciego jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i chociaż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wydane na podstawie art. 25 ust.2 ustawy Pzp nie wymienia zobowiązania z art. 26 ust.2 b to odnosi się do niego reguła § 6 ustawy Pzp o potwierdzaniu za zgodność z oryginałem dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków z art.22 ust.1 ustawy ( w tym przypadku wiedzy i doświadczenia). W ocenie Izby sformułowanie art. 26 ust.2 b „przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie” nie wyklucza prawa wykonawcy do dostarczenia pisemnego zobowiązania w formie dokumentu potwierdzonego za zgodność z

oryginałem. Przywoływanie z kolei art. 78 § 1 k.c. o podpisie przy formie pisemnej nie oznacza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do wniosku nie można załączyć zobowiązania sporządzonego w formie pisemnej na zasadach odpisu (kserokopii) potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Reasumując w ocenie Izby pisemność zobowiązania podmiotu trzeciego nie oznacza obowiązku dostarczenia wraz z ofertą oryginału tego zobowiązania.

Niemniej w przedmiotowej sprawie odwołujący był wezwany do oryginału a takie prawo zamawiającemu służy na podstawie § 6 ust.3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i wezwanie nie było zaskarżone a poza tym było jasne i jednoznaczne. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i po myśli art. 192 ust.2 ustawy Pzp nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Co do zarzutu w odwołaniu o Sygn. akt KIO 2043/12 o nieudostępnieniu akt postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego to zarzut ten nie jest objęty rozpoznaniem przez Izbę z uwagi na treść art. 180 ust.2 ustawy Pzp, który zawęża czynności podlegające zaskarżeniu zamawiającego.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zasądzać od odwołujących koszty postępowania odwoławczego w wysokości wniesionych wpisów oraz wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w obydwu postępowaniach odwoławczych.

**Przewodniczący:** .....

