

Sygn. akt: KIO 659/12

## WYROK

z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska Spółka akcyjna, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dąbrowa Górnicza, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Boszko-Kozubski” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, 41-303 Dąbrowa Górnicza, al. Zagłębia Dąbrowskiego 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska Spółka akcyjna, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska Spółka akcyjna, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5** tytułem wpisu od odwołania.

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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Dąbrowa Górnicza (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na bieżące utrzymanie sieci dróg wraz z obiektami inżynierskimi, których zarządcą jest Prezydent Miasta Dąbrowy Górniczej w dzielnicach: Centrum, Gołonóg, Stara Dąbrowa, Marianki, Ratanice, Korzeniec.

W postępowaniu tym wykonawca Eurovia Polska Spółka akcyjna (dalej: odwołujący) w dniu 3 kwietnia 2012 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego badania i oceny ofert, zaniechania czynności kolejnego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (z ostrożności), czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że z treści warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, że jedna osoba nie może być członkiem więcej niż jednej brygady. W opinii odwołującego, stanowisko zamawiającego o zaistnieniu niedoboru liczby pracowników w wykazie osób złożonym przez odwołującego jest oparte na subiektywnej interpretacji przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, nie zaś na jego literalnej treści. Odwołujący podkreślił, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego i mogą być interpretowane wyłącznie w sposób literalny, warunki udziału w postępowaniu obowiązują ze szczegółowością ustaloną przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wątpliwości dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być - z zachowaniem przepisów prawa - rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Odwołujący zaznaczył również, że po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalna jakakolwiek zmiana postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wszelkie próby dokonania takiej zmiany nie wywołują skutków prawnych.

Z treści § 4 ust. 2 wzoru umowy (Załącznik Nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odwołujący wywiódł, że wskazanie jednej i tej samej osoby do brygady roboczej do robót ekspresowych, jaką trzeba dysponować w okresie od 1 stycznia do końca lutego oraz w okresie od 1 czerwca do 31 grudnia oraz do jednej z trzech brygad, jakimi trzeba dysponować

w okresie od 1 marca do 31 maja nie koliduje ze sobą, w szczególności zaś nie uniemożliwia realizacji postanowień przyszłej umowy zgodnie z ich treścią oraz celem.

Odwołujący wskazał ponadto, że pismem z dnia 15 marca 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W piśmie tym zamawiający wskazał na brak podziału osób na brygady, nie wskazanie brygadystów, zbyt małą liczbę osób wskazanych w wykazie oraz na niedobór dwóch pracowników przeszkolonych przez Komendę Policji do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych. W piśmie tym zamawiający nie wskazał, jak zauważył odwołujący, na istnienie wymogu nie powtarzania się tych samych osób w składzie więcej niż jednej brygady. Odwołujący zaznaczył, że w uzupełnionych wykazie osób usunął wszystkie wskazane przez zamawiającego braki. Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający w wystosowanym wezwaniu nie wskazał na istnienie wymogu nie powtarzania się tych samych osób w składzie więcej niż jednej brygady, nie można było zatem oczekiwać, że odwołujący odczyta nie wyartykułowane w specyfikacji, ani w ww. wezwaniu intencje zamawiającego. Na skutek powyższego, w ocenie odwołującego, zasadne byłoby kolejne wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, jako że oparte byłoby na innych powodach niż wezwanie wystosowane pierwotnie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odstąpienia od wykluczenia odwołującego z postępowania, ewentualnego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (z ostrożności), powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W dniu 6 kwietnia 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Boszko-Kozubski” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2012 r. pod nr 26289-2012.

W pkt 8.1.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał od wykonawców wykazanie się dysponowaniem ośmioma brygadami wykonawczymi

(1 brygada to minimum 8 robotników + brygadzysta), w tym jedną brygadą do robót ekspresowych gotową w ciągu 1 godziny od zgłoszenia na piśmie, faksem lub telefonicznie przez zamawiającego zakresu rzeczowego, do natychmiastowego podjęcia prac likwidujących (zabezpieczających) bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia ludzkiego, a w okresach od 1 marca do 31 maja każdego roku obowiązywania umowy trzema dodatkowymi brygadami wykonawczymi, gotowymi w ciągu 1 godziny od zgłoszenia na piśmie, faksem lub telefonicznie przez zamawiającego zakresu rzeczowego, do natychmiastowego podjęcia prac likwidujących (zabezpieczających) bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia ludzkiego (1 brygada to minimum 8 robotników + brygadzysta). Zamawiający wymagał też, aby w każdej brygadzie znajdował się minimum 1 pracownik przeszkolony przez Komendę Policji do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych. We wszystkich brygadach łącznie mieli też znajdować się operatorzy sprzętu i kierowcy w liczbie określonej przez zamawiającego.

Zamawiający w tym samym punkcie specyfikacji zaznaczył, że wykonawca może przypisać tego samego operatora do obsługi więcej niż jednej jednostki sprzętowej, jeśli dany operator takie uprawnienia posiada. Zamawiający dopuścił również łączenie funkcji operatora sprzętu i uprawnień do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający wymagał w pkt 9.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożenia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Wzór wykazu osób zamawiający zamieścił w Załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wykazie tym zamawiający zaznaczył, że:

- wykaz winien obejmować, oprócz wskazania kierowników budowy i robót, wyraźnie rozgraniczone brygady wykonawcze zgodnie z wymogiem pkt 8.1.3.2. specyfikacji z uwzględnieniem podziału na poszczególne okresy obowiązywania umowy,
- w każdej brygadzie winien być wskazany minimum 1 pracownik przeszkolony przez Komendę Policji do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych, ponadto operatorzy i kierowcy w ilościach minimalnych jak w pkt 8.1.3.2. specyfikacji,

- wykonawca może przypisać tego samego operatora do obsługi więcej niż jednej jednostki sprzętowej, jeśli dany operator takie uprawnienia posiada; dopuszczalne jest także łączenie funkcji operatora sprzętu i uprawnień do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz osób (strony 20-24 oferty).

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o wymieniony w pkt 9.1.3. specyfikacji wykaz osób. Stwierdził przy tym, że załączony do oferty wykaz nie potwierdza spełniania warunku określonego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji. Zamawiający wskazał w szczególności na brak podziału osób na brygady, brak wskazania brygadzystów, niedostateczną ilość osób oraz niedobór dwóch pracowników przeszkolonych przez Komendę Policji do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych w stosunku do wymaganej przez zamawiającego obsady brygad.

Odwołujący uzupełnił wykaz wraz z pismem z dnia 20 marca 2012 r.

W dniu 23 marca 2012 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących wykazu osób, który został złożony w związku z uzupełnieniem oferty.

Zamawiający dostrzegł następujące zbieżności/podobieństwa nazwisk:

- w brygadzie wykonawczej nr III pod nr 3 występuje pan P. Henryk, to samo nazwisko występuje w dodatkowej brygadzie wykonawczej nr III pod nr 13;
- w brygadzie wykonawczej nr IV pod nr 4 występuje pan R. Jarosław, niemal tak samo brzmiące nazwisko tj. R. Henryk występuje w dodatkowej brygadzie wykonawczej nr II pod nr 12;
- w brygadzie wykonawczej nr IV pod nr 9 występuje pan L. Stanisław, niemal tak samo brzmiące nazwisko tj. L. Stanisław występuje w dodatkowej brygadzie wykonawczej nr I pod nr 1.

Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy wystąpiła przypadkowa zbieżność/podobieństwo nazwisk czy powtarzają się te same osoby.

W odpowiedzi na ww. pismo odwołujący w dniu 26 marca 2012 r. złożył skorygowany wykaz osób.

W dniu 29 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Boszko-Kozubski” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka

komandytowa oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołującego. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję wskazał, że w przekazanym na skutek prośby o wyjaśnienie skorygowanym wykazie odwołujący przez wprowadzenie nowych osób wyeliminował zbieżności wskazane w piśmie zamawiającego z dnia 23 marca 2012 r., co świadczy o tym, że zbieżność nazwisk nie była przypadkowa, ale w wykazie przesłanym w dniu 20 marca 2012 r. powtarzały się te same osoby. Zamawiający uznał, że skorygowany wykaz osób złożony w dniu 26 marca 2012 r. może traktować jedynie w kategoriach wyjaśnienia, do którego został wezwany odwołujący, uzupełnienie oferty jest bowiem czynnością jedнокrotną i konwalidacja oferty mogła nastąpić jedynie za sprawą wykazu złożonego w dniu 20 marca 2012 r. Zamawiający wskazał, że zgodnie z warunkiem postawionym w pkt 8.1.3.2. specyfikacji w każdej brygadzie musi być brygadzysta i minimum ośmiu pracowników. Zamawiający stwierdził, że pan Stanisław L. w I dodatkowej brygadzie wykonawczej był wyznaczony do pełnienia funkcji brygadzysty, zaś w brygadzie wykonawczej nr IV pod nr 9 był jednym z ośmiu pracowników (nie licząc brygadzysty). Wyeliminowanie pana L. z jednej z brygad powoduje, że albo I dodatkowa brygada wykonawcza będzie pozbawiona brygadzysty, albo brygada wykonawcza nr IV będzie posiadała zbyt mało pracowników, co powoduje, że co najmniej jedna z brygad nie spełnia warunku określonego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji, a tym samym odwołujący nie spełnia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do sporu dotyczącego treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, Izba za pozbawione podstaw uznała twierdzenie odwołującego o dopuszczalności wskazania jednej osoby do kilku brygad. W ocenie Izby, z treści warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jednoznacznie, że zamawiający wymagał sformułowania ośmiu brygad wykonawczych oraz trzech brygad dodatkowych, a w każdej z nich dziewięciu osób. Zamawiający taką ilość osób uznał za niezbędną do wykazania się potencjałem kadrowym koniecznym do zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Interpretacji spornego warunku przez odwołującego przeczy również okoliczność, że zamawiający wyraźnie określił zakres, w ramach którego jedna osoba może pełnić kilka funkcji – w pkt 8.1.3.2. specyfikacji oraz we wzorze wykazu osób zamawiający wskazał, że wykonawca może przypisać tego samego operatora do obsługi więcej niż jednej jednostki sprzętowej, a ponadto dopuścił łączenie funkcji operatora sprzętu i uprawnień do kierowania ruchem podczas wykonywania robót drogowych.

Izba uznała, że treść postawionego przez zamawiającego warunku znajduje uzasadnienie z uwagi na przedmiot zamówienia – przedmiotem jest bieżące utrzymanie sieci dróg w sześciu dzielnicach Dąbrowy Górniczej, co wymaga dysponowania przez wykonawcę stosowną ilością personelu. W sytuacji wskazania przez wykonawcę kilku osób do kilku brygad liczba personelu niezbędnego do wykonania zamówienia uległaby znacznemu zmniejszeniu, co mogłoby zagrażać prawidłowej realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, bezpodstawny jest również argument odwołującego, iż możliwość utworzenia brygad dodatkowych z ośmiu brygad wykonawczych wynika z § 4 ust. 2 projektu umowy, tj. z określenia „w ramach wymaganego potencjału kadrowego”. W ocenie Izby, celem wprowadzenia przedmiotowego uregulowania do treści projektu umowy było uzyskanie zapewnienia w treści umowy, iż wykonawca zapewni brygadę do robót ekspresowych i 3 brygady dodatkowe, co w żaden sposób nie wyłącza konieczności wykazania się przez wykonawcę spełnianiem warunku określonego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienie to dotyczy etapu realizacji zamówienia, który stanowczo należy odróżnić od etapu badania i oceny ofert, podczas którego wykonawcy zobowiązani są do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.



Na tej samej podstawie bezzasadne są twierdzenia odwołującego o braku harmonogramu prac poszczególnych brygad. Określenie sposobu realizacji zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, zamawiający uczynił to w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowienia specyfikacji w tym zakresie nie zostały zakwestionowane i nie mogą stanowić argumentu uzasadniającego niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec braku sporu co do okoliczności, iż odwołujący wskazał tę samą osobę do pełnienia funkcji brygadzysty w I dodatkowej brygadzie wykonawczej oraz jako jednego z ośmiu pracowników w brygadzie wykonawczej nr IV, a także wobec jednoznacznej, wiążącej treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie stwierdziła też podstaw do ponownego wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. Utrwalony w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych jest pogląd, iż zamawiający uprawniony jest do jednokrotnego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Izba przychyliła się do twierdzenia odwołującego, że jednokrotność wezwania należy odnosić nie tyle do samego dokumentu, ale do poszczególnych braków w nim stwierdzonych, jednak tylko w przypadku, gdy wezwanie zamawiającego zawężone jest jedynie do konkretnych, wskazanych w wezwaniu uchybień. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający w wezwaniu z dnia 15 marca 2012 r. wskazał na konieczność uzupełnienia wykazu osób stwierdzając, że załączony do oferty wykaz nie potwierdza spełniania warunku określonego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji. Jedynie przykładowo, używając sformułowania „w szczególności”, zamawiający wymienił zaistniałe w wykazie uchybienia. Wobec ww. treści wezwania, odwołujący zobowiązany był, posiadając wiedzę co do treści warunku, uzupełnić wykaz osób w pełni zgodny z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....