

**WYROK**  
z dnia 10 maja 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14; 00-048 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów, unieważnienie czynności zatrzymania wadium wykonawcy POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów, wezwanie wykonawcy POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14; 00-048 Warszawa** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14; 00-048 Warszawa** na rzecz **POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14; 00-048 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 637 relacji Warszawa - Węgrów na odcinku od km 44+000 do km 79+362”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2011 r. pod numerem 2011/S 1-001192.

Dnia 19 kwietnia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa oraz o wykluczeniu, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawcy POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca POLDIM S.A. w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A; 33-100 Tarnów (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 26 kwietnia 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie POLDIM SA, pomimo wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium złożone przez POLDIM S.A. w prowadzonym postępowaniu przetargowym.

Wskazując na powyższe uchybienia Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert,
- 3) unieważnienie czynności wykluczenia POLDIM S.A. z postępowania,
- 4) uznanie, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- 5) unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego,

- 6) dokonanie czynności ponownego badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako niepodlegającej wykluczeniu,
- 7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Zamawiający wskazał, iż Wykonawca pomimo wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, w odpowiedzi wyjaśnił, że osoba wskazana, jako Kierownik Budowy, posiada doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi gdyż pełnił funkcje Dyrektora Kontraktu, a zdaniem Zamawiającego w świetle przepisów ustawy prawo budowlane doświadczenie zdobyte w obu powyższych przypadkach nie jest tożsame. Jednocześnie Zamawiający w swoim uzasadnieniu jedynie oświadczył, iż w skutek nie uzupełnienia dokumentów zatrzymuje wadium wykluczonemu wykonawcy.

Jednym z wymagań Zamawiającego stawianych wykonawcom było „dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. min. 1 osobą, kierownikiem budowy, posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń. Wyżej wymieniona osoba powinna wykazywać się doświadczeniem w kierowaniu minimum dwiema robotami budowlanymi, polegających na rozbudowie, przebudowie lub budowie drogi o wartości nie mniejszej niż 60 000 000,00 zł brutto każda [pkt. 3 ppkt. 2) s.i.w.z.].

Jak wynika z literalnego brzmienia zacytowanego zapisu, osoba na stanowisko kierownika budowy powinna spełniać dwa warunki: posiadać uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, posiadać doświadczenie w kierowaniu minimum dwiema robotami budowlanymi o określonej w s.i.w.z. wartości. Nigdzie, zdaniem Odwołującego w postanowieniach s.i.w.z. nie ma wskazania, iż kandydat na kierownika budowy ma się legitymować doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy, lecz ma mieć doświadczenie w kierowaniu budową i z pewnością takiego przymiotu nie można odmówić osobie mającej doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu. Interpretacja zapisów s.i.w.z. dokonana przez Zamawiającego, iż osoba wskazywana przez wykonawcę na stanowisko Kierownika Budowy musi wykazywać się doświadczeniem na stanowisku Kierownika Budowy aktualnie jest nadinterpretacją warunków s.i.w.z., która nie może się ostać.

Odwołujący w ustawowo określonym terminie złożył wyjaśnienia Zamawiającemu, nie zaistniały więc żadne podstawy do zastosowania przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, z tak

drastycznymi dla wykonawcy konsekwencjami (kwota zatrzymanego wadium wynosi aż 2 800 000,00 zł).

Zamawiający nie określając, czego konkretnie domaga się od wykonawcy oraz dając mu wybór, co do odpowiedzi na wezwanie (uzupełnienie bądź wyjaśnienie), następnie zaskakuje wykonawcę stwierdzeniem, iż wykonawca złożył wyjaśnienia, a zdaniem Zamawiającego powinien uzupełnić dokumenty, co prowadzi do zadziwiających wniosków, iż prowadzone postępowanie nie opiera się na określonych zasadach lecz jest swoistą loterią bądź też w żaden sposób nieograniczoną swobodą uznaniową Zamawiającego, co nie może spotkać się z akceptacją. Jeżeli Zamawiający uznał za niewystarczające złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, powinien najpierw wezwać go do przedłożenia dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku, a dopiero jeżeli wykonawca zachowałby się biernie i nie uzupełnił dokumentów na wezwanie, pojawiała się możliwość zatrzymania złożonego wadium, ale nie wcześniej.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 26 kwietnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 27 kwietnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, dnia 28 kwietnia 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania w/w warunku wykonawcy mieli obowiązek udowodnić Zamawiającemu, że dysponują m.in. 1 osobą, kierownikiem budowy, posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń. Wskazana osoba powinna wykazać się doświadczeniem w kierowaniu minimum dwiema robotami budowlanymi, polegającymi na rozbudowie, przebudowie lub budowie drogi o wartości niemniej niż 60 000 000,00 zł brutto każda.

Odwołujący, na potwierdzenie spełniania w/w warunku udziału w postępowaniu wskazał osobę Pana Witolda M., pracownika Odwołującego, który pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu na dwóch zadaniach, tj. przebudowie południowego obejścia Tarnowa, odcinek węzeł Krakowska – węzeł Lwowska wraz z łącznicami oraz wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 4 Kraków – Tarnów, odc. I Kraków – Targowisko.

Zamawiający, pismem z dnia 12 kwietnia 2011 roku wezwał Odwołującego, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych dokumentów. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wraz z ofertą złożył załącznik Nr 3, w którym jako Kierownika Budowy wskazał Pana Witolda M. Zamawiający podał, że jednak z informacji podanych w załączniku Nr 3 nie wynika, że wymieniona osoba posiada doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi o wymaganej wartości. W załączniku podano, że Pan Witold M. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu, a nie Kierownika Budowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 12 kwietnia 2011 roku wyjaśnił, iż z literalnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że osoba na stanowisko Kierownika Budowy ma się legitymować doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi i warunek ten spełnia Dyrektor Kontraktu, jako najważniejsza osoba z ramienia wykonawcy oraz najwyższa funkcja pełniona na kontrakcie. Odwołujący wyjaśnił, że Dyrektor Kontraktu będący przełożonym Kierownika Budowy jest także osobą, która kieruje robotami budowlanymi i daje w pełni rękojmię należytego kierowania tego typu pracami, a co za tym idzie jest osobą zdolną do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazując, iż w świetle przepisów ustawy Prawo budowlane doświadczenie zdobyte w obu wskazanych przez Odwołującego przypadkach nie jest tożsame. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 3 oraz 24 ust. 2 ustawy Prawo budowlane to osoby pełniące funkcje kierownika robót i kierownika budowy, kierują budową obiektu budowlanego zgodnie z projektem. Żadna inna osoba nie jest uprawniona do wykonywania takich czynności, a co za tym idzie żadna inna osoba nie może nabywać doświadczenia w tym zakresie. Taka osobą nie jest też Dyrektor Kontraktu.

Zdaniem Izby, warunek postawiony przez Zamawiającego został sprecyzowany jasno, nie budząc wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana przez wykonawcę posiadała doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi, polegającym na rozbudowie, przebudowie lub budowie drogi o określonej wartości.

Odwołujący nie udowodnił, iż osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiada stosowne doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi, dlatego też wezwanie Zamawiającego uznać należy za prawidłowe. W ocenie Izby, funkcja Dyrektora Kontraktu nie wypełnia żądania Zamawiającego posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowania robotami budowlanymi. Dyrektor Kontraktu to, zdaniem Izby funkcja administracyjno-logistyczna, której czynności sprowadzają się do reprezentowania wykonawcy na kontrakcie w celu kontrolowania przebiegu procesu inwestycyjnego.

W powyższym zakresie należy podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 12 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 12/11, gdzie Izba wskazała, iż „Nabycie praktyki w kierowaniu robotami branżowymi wymaga pełnienia tej funkcji na budowie. Pełnienie funkcji kierownika budowy nie będąc równocześnie kierownikiem robót branżowych, nie daje podstaw do nabywania z racji samego nadzoru, praktyki na danym stanowisku. Inny zakres stanowiska kierownika budowy i kierownika robót w sposób jednoznaczny wynika nawet z warunków postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zamawiającego w tym postępowaniu. Inne twierdzenie, z którego wynikałoby np. że kierownik zakładu pracy pełniąc nadzór nad wszystkimi stanowiskami pracy w zakładzie nabywa doświadczenia w ich zakresie, nie znajduje logicznego uzasadnienia.”

Niemniej, w zakresie treści wezwania Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2011 roku można dopatrzeć się nieścisłości, które mogły i wprowadziły Odwołującego w błąd przez brak precyzji w określeniu w zakresie jakich dokumentów Odwołujący ma obowiązek złożyć wyjaśnienia, a w jakiej części ma uzupełnić dokumenty. Niejasność wezwania musi zatem działać na korzyść Odwołującego. Okoliczność powyższa statuuje zatem prawo

Odwołującego do żądania od Zamawiającego dokonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero nie wypełnienie powyższego żądania stanowić może o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i zatrzymania wadium.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Zamawiający naruszył wskazane przed Odwołującego przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji. Izba uwzględniając odwołanie stwierdziła, że naruszenia przepisów przez Zamawiającego mają wpływ na wynik postępowania w rozumieniu *sensu largo* tzn., mają wpływ na ostateczny ranking ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....