

Sygn. akt: KIO/UZP 195 /10

**WYROK**  
z dnia 2 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio**

**Emil Kuriata**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 25 lutym 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., BIK-KOPCZYK mgr inż. Piotr Kopczyk, 22-400 Zamość, ul. Jana Kiepury 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad , 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 8 stycznia 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zstępczy Sp. o.o., EMC Group Polska Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., BIK-KOPCZYK mgr inż. Piotr Kopczyk, 22-400 Zamość, ul. Jana Kiepury 6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., BIK-KOPCZYK mgr inż. Piotr Kopczyk, 22-400 Zamość, ul. Jana Kiepury 6**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł 00 gr) przez **Konsorcjum: Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., BIK-KOPCZYK mgr inż. Piotr Kopczyk, 22-400 Zamość, ul. Jana Kiepury 6** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., BIK-KOPCZYK mgr inż. Piotr Kopczyk, 22-400 Zamość, ul. Jana Kiepury 6.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zarządzanie projektem Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej „Budowa Obwodnicy Jarosławia w ciągu drogi krajowej nr 4 Jędrzychowice-Korczowa wraz z nadzorem nad realizacją robót.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2009 r., pod nr 2009/S 107-155262.

W dniu 8 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 24 ust. 1 pkt

10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący się podnosi, iż z Umowy Nr 6/N/2006 zawartej w dniu 28 marca 2006 r. pomiędzy „Profil” Sp. z o.o. a Zamojską Dyрекcją Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o., jednoznacznie wynikało, iż świadczenie polegało na współudziale w zarządzaniu i nadzorze nad realizacją kontraktu pn. „Budowa obwodnicy m. Hrebenne w ciągu drogi krajowej nr 17 na odcinku od km 289+400 do km 291+406 wraz z remontem drogi krajowej nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski - Hrebenne od km 211+170 do km 223+300” (§ 1 ust. 1 umowy) a Zleceniobiorca w ramach umowy będzie wykonywał czynności przypisane nadzorowi inwestorskiemu (§ 2 ust. 1 umowy).

Ponadto, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1683/09, nie przesądza, iż Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (Krajowa Izba Odwoławcza nakazała jedynie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Odwołujący się podnosi, iż pismo z dnia 21 grudnia 2009 r., wbrew twierdzeniom Zamawiającego, stanowi uzupełnienie, gdyż po pierwsze - to od Wykonawcy zależy czy udzielając odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów sporządzi, czy też nie sporządzi powtórnie kwestionowany dokument udziału w postępowaniu; po drugie - wzmiankowane pismo zawiera dodatkowe informacje, mające znaczenie dla dokonania czynności badania i oceny ofert, nie jest zaś istotne czy takie informacje są podane w treści Załącznika do oferty, czy też w inny sposób. Zdaniem Odwołującego się, jeśli złożone informacje nadal nie wystarczały do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego się o wyjaśnienie treści dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 14 stycznia 2010 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2010 r. poinformował Odwołującego się o oddaleniu protestu. Zamawiający uznał, iż zadanie wykazane w załączniku do oferty - formularzu 3.3 Doświadczenie Wykonawcy nie spełnia przywołanego powyżej warunku, gdyż Odwołujący się na wykazanym zadaniu nie był podwykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. Za podwykonawcę w rozumieniu ustawy Pzp uważa się takiego wykonawcę, który zawarł z wykonawcą umowę o wykonanie części przedmiotu zamówienia zgodnie z umową o udzielenie zamówienia publicznego. Takie rozumienie podwykonawstwa nie dopuszcza „nieformalnego podwykonawstwa”, tj. realizowanego wbrew kontraktowi podstawowemu (wiążący w sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.12.2009 r., sygn. KIO/UZP 1683/09).

Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż wymagał doświadczenia w nadzorze nad realizacją budowy lub przebudowy o wartości nie mniejszej niż 50 mln PLN brutto. Nieprawidłowo zatem Wykonawca zsumował wartość budowy obwodnicy miasta Hrebenne i wartość remontu drogi krajowej nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski -Hrebenne. Wartość kontraktu, która ma znaczenie dla Zamawiającego to jedynie wartość budowy obwodnicy miasta Hrebenne, która wynosiła 34 604 001,60 zł tj. nie spełnia progu minimalnego wartości inwestycji żądanego przez Zamawiającego (50 mln PLN).

Zamawiający, na mocy art. 26 ust 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 16 grudnia 2009 r. wezwał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia. Wykonawca pismem z dnia 21 grudnia 2009 r. wdał się w polemikę z Zamawiającym, starając się przekonać Zamawiającego, że przedstawione przez niego doświadczenie spełnia warunki postawione przez Zamawiającego i wskazał inne rozumienie definicji podwykonawcy. To wyjaśnienie nie potwierdza spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego - wyjaśnienie nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez Wykonawcę warunku.

W dniu 28 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Dodatkowo Odwołujący się podniósł, iż ciężar przeprowadzenia dowodu na zaistnienie przesłanek do wykluczenia z postępowania obciąża Zamawiającego. Zatem, dla zasadności środków ochrony prawnej wystarczy wykazanie, iż Zamawiający nie przeprowadził dowodu na okoliczność, że wzmiankowane przesłanki się ziściły.

Ponadto, zdaniem Odwołującego się, jakiegokolwiek wątpliwości, w przedmiocie spełniania przez któregokolwiek z Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść tego Wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W dniu 15 października 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą złożył obecny Odwołujący się.

Przedmioty wybór zakwestionował Przystępujący, wskazując, iż Odwołujący się podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W opinii Przystępującego, Odwołujący się nie wykazał, że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Przystępujący się podniósł bowiem, iż Zamojskie Zakłady Inwestycji nie występowały w roli podwykonawcy w ramach referencyjnej inwestycji (protest z dnia 26 października 2009 r.).

Zamawiający nie podzielił argumentacji Przystępującego i przedmiotowy protest oddalił (pismo z dnia 2 listopada 2009 r.).

W ślad za tym Przystępujący wniósł odwołanie (pismo z dnia 12 listopada 2009 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła zarzuty Przystępującego (wyrok z dnia 8 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1683/09), nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z zastosowaniem wobec Odwołującego się „trybu przewidzianego przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Bezsprzecznym w niniejszej sprawie jest, iż wykonawcy zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Powołana przez Odwołującego się referencyjna inwestycja została zakwestionowana na drodze środków ochrony prawnej przez Przystępującego. Protest został ostatecznie rozstrzygnięty mocą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza oceniła doświadczenie Odwołującego się na podstawie załączników do oferty, uznając, iż przedmiotowe doświadczenie nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku znajduje się bowiem jednoznaczne stwierdzenie, iż „brak jest podstaw do przyjęcia, w oparciu o złożoną w ofercie konsorcjum wybranego informację i dokument referencyjny, a także w oparciu o wyjaśnienia konsorcjum z dnia 17.08.2009 r., że konsorcjum spełnia warunek doświadczenia, postawiony w przedmiotowym postępowaniu każdemu z wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.” W żadnym razie nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego się, iż z faktu, że Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert wynika, iż przedmiotem badania Zamawiającego ma być ponownie usługa wskazana przez Odwołującego się w ofercie. Oznacza to natomiast tyle, iż Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając, iż przedmiotowa usługa nie potwierdza doświadczenia wykonawcy, w zakresie określonym przez Zamawiającego, jednocześnie nakazała uzupełnienie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie spornego warunku. Za ukształtowany i nie budzący wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie należy uznać bowiem pogląd, iż wykonawca, który świetle dokumentów i oświadczeń dołączonych do oferty nie spełnia warunków udziału w postępowaniu powinien mieć, podobnie jak wykonawca, który nie dołączył przedmiotowych dokumentów, czy też wykonawca, który co prawda je dołączył, ale zawierają one błędy, przy uwzględnieniu zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość uzupełnienia oferty w tym zakresie. Zatem, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż co prawda Odwołujący się nie wykazał się doświadczeniem, które potwierdzałoby spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, ale ma szansę ten brak sanować, przedstawiając inną usługę.

Stąd też dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy rozstrzygające znaczenie ma jedynie treść dokumentów i oświadczeń uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego. Pismem z dnia 16 grudnia 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się „do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia Wykonawcy tj. Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat licząc wstecz od daty wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał jako Wykonawca lub Podwykonawca co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu nadzoru na budowie lub przebudowie dróg klasy min. GP o wartości nie mniejszej niż 50 mln pln brutto. Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie do najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu Odbioru.”

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący się przedłożył umowę nr 6/N/2006, na podstawie której Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. świadczyła referencyjną usługę. Ponadto, Odwołujący się złożył obszerne wyjaśnienia w tym przedmiocie (pismo z dnia 21 grudnia 2009 r.).

W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, iż działania Odwołującego się nie zasługują na ochronę. Obowiązkiem każdego wykonawcy jest złożenie takich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z których ta okoliczność w sposób niezbity wynika. Jeśli zaś wykonawca nie zadośćuczynił temu obowiązkowi, przysługuje mu na mocy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, prawo do sanowania tego błędu.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący się w żaden sposób nie zabezpieczył swoich interesów, a próba uczynienia tego na obecnym etapie postępowania nie może spotkać się z aprobatą. Należy zauważyć, iż Odwołujący się, nie zgłaszając przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Przystępującego, a następnie do postępowania odwoławczego, pozbawił się realnej możliwości obrony swojej oferty w przedmiocie spełniania warunku doświadczenia na podstawie usługi referencyjnej wykazanej w ofercie. Tym samym odebrał sobie również prawo do kwestionowania ewentualnego niekorzystnego dla Odwołującego się rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z powyższym, niniejsze działania Odwołującego się należy uznać za spóźnione (naruszenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej) i w istocie mające na celu obejście rozstrzygnięcia dokonanego przez Izbę i w konsekwencji wzruszenie stanu, który wynika z ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, co . jest jednakże niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący się nie zabezpieczył swojej pozycji w niniejszym postępowaniu również poprzez uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak zostało bowiem wskazane, uzupełnienie nie było skuteczne. Odwołujący się nie przedstawił nowej usługi, a jedynie kolejne argumenty mające potwierdzać okoliczności zakwestionowane przez Izbę w powoływanym wyroku. W związku z powyższym, okoliczność przedstawienia przez Odwołującego się umowy jaka wiązała go z wykonawcą Profil Sp. z o.o., czy też faktur związanych z wykonaniem przedmiotowego zamówienia nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Reasumując stwierdzić należy, iż wszelkie zaniechania wykonawcy obciążają jego samego. To na wykonawcy, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, spoczywa ciężar dowodu w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, wbrew temu co twierdzi Odwołujący się, Zamawiający nie jest zobowiązany prowadzić wyjaśnień w tym przedmiocie dopóty, dopóki wykonawca nie potwierdzi spełniania spornego warunku. Odwołujący się zdaje się pomijać treść przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który skutek wykluczenia wykonawcy wiąże z nie złożeniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oczywiście po wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*