

WYROK

z dnia 25 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

SKANSKA S.A. ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk
protestu z dnia 21 maja 2010 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wakoz Sp. z o.o. i Poldim S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk 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 uiszczonego przez **SKANSKA S.A. ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk** na rzecz **SKANSKA S.A. ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A. ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 224 stanowiącej dojazd z m. Tczew do węzła autostrady A1 Stanisławie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie zostało wszczęte 27 stycznia 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 29 stycznia 2010 r. pod numerem 2010/S 20-027976. Wartość zamówienia wynosi 52.868.644,36 zł, tj. 13.771.462,45 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z punktu 6.2. ppkt 1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli wykazać, iż dysponują osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, legitymującymi się doświadczeniem i kwalifikacjami zawodowymi – m.in. osobą kierownika budowy pełniącego równocześnie funkcję kierownika robót dla branży drogowej z minimalnym doświadczeniem zawodowym – 3 lata praktyki zawodowej jako kierownik podobnych robót.

Na potwierdzenie tego, zgodnie z treścią punktu 7.2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mieli przedstawić wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”) wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych przez nie czynności, uprawnień, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia wymaganymi dla oceny spełniania warunku oraz oświadczenie o posiadaniu uprawnień przez osoby wskazane do pełnienia funkcji, dla których wymagane jest posiadanie uprawnień.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wakoz Sp. z o.o. i Poldim S.A., zwani dalej „konsorcjum Wakoz” złożyli wraz z ofertą wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, w którym jako osobę proponowaną na stanowisko kierownika budowy pełniącego funkcję kierownika robót dla branży drogowej wskazał pana Arkadiusza D. oraz załączył kserokopię jego uprawnień – decyzję Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 21 grudnia 2006 r. nadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej.

11 maja 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez konsorcjum Wakoz. Na tę czynność 21 maja 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 31 maja 2010 r.

9 czerwca 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia tego protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnosząc o jego uwzględnienie, a w konsekwencji: dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu i proteście, wykluczenie konsorcjum Wakoz z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, iż na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego konsorcjum Wakoz przedstawiło

wykaz, w którym jako kierownika budowy pełniącego równocześnie funkcję kierownika robót dla branży drogowej wskazało pana Arkadiusza D. Zgodnie z załączoną do oferty decyzją pan Daniluk uzyskał ww. uprawnienia 21 grudnia 2006 r., jednak wykazując doświadczenie pana D. konsorcjum Wakoz podało, iż posiada on doświadczenie jako kierownik podobnych robót od stycznia 2005 roku do listopada 2009 r. i pełnił funkcję kierownika robót m.in. przy realizacji kontraktów p.n.: „Budowa obwodnicy miasta Szubin w ciągu drogi krajowej nr 6” od stycznia do grudnia 2005 r., „Przebudowa ulicy Spacerowej w Gdańsku” od stycznia 2006 r. do czerwca 2006 r. oraz „Budowa infrastruktury drogowej Centrum Logistycznego Prologis w Gdańsku” od lipca 2006 r. do grudnia 2006 r., czyli w okresie, gdy nie mógł on pełnić funkcji kierownika robót. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy – inwestora kontraktu „Budowa obwodnicy miasta Szubin w ciągu drogi krajowej nr 6” oraz pismo kierownika budowy tego kontraktu, w których oświadczono, że pan D. nie pełnił funkcji kierownika robót, lecz majstra, który nie kieruje robotami na budowie, a taki wymóg postawił Zamawiający, lecz wykonuje polecenia kierownika budowy/robót i nie pełni samodzielnej funkcji w budownictwie.

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu konsorcjum Wakoz wskazało, że w powołanych robotach, tj. „Budowa obwodnicy miasta Szubin w ciągu drogi krajowej nr 6”, „Przebudowa ulicy Spacerowej w Gdańsku” oraz „Budowa infrastruktury drogowej Centrum Logistycznego Prologis w Gdańsku” pan Daniluk był delegowany z Wakoz Sp. z o.o. do pełnienia czynności kierowniczych nad realizacją i w tym okresie zdobywał praktykę zawodową, a postawiony warunek w zakresie dysponowania osobą desygnowaną na kierownika budowy nie narzucał, aby przez okres co najmniej 3 lat osoba ta obejmowała stanowiska kierownika robót ustanowionego w trybie art. 12 ustawy Prawo budowlane. Konsorcjum Wakoz przyznało też, że przy budowie obwodnicy miasta Szubin pan D. nie pełnił funkcji kierownika robót, lecz sprawował logistyczny nadzór nad pracownikami polegający na fachowej ocenie zjawisk technicznych lub rozwiązywaniu zagadnień architektonicznych, technicznych

i techniczno – organizacyjnych pod kierownictwem osoby, która posiadała odpowiednie uprawnienia budowlane z ramienia Skanska S.A. (Wakoz Sp. z o.o. był podwykonawcą Skanska na tym kontrakcie). Zdaniem konsorcjum Wakoz wskazanie w tabeli „Potencjał kadrowy” roli, jaką pan D. spełniał na budowie obwodnicy miasta Szubin to wyłącznie oświadczenie, iż na tej budowie wykonywał prace, które ustawowo przynależą do kierownika robót jako uczestnika procesu budowlanego, tym samym informacja z wykazu nie jest niezgodna z rzeczywistością. Jednocześnie konsorcjum Wakoz uzupełniło życiorys pana D. o kolejne kontrakty, na których pełnił funkcję kierownika budowy.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wykazane doświadczenie pana D. jako kierownika robót/budowy po uzyskaniu uprawnień zawodowych wynosi maksymalnie 34 miesiące (od lutego 2007 r. do listopada 2009 r. przy założeniu, że realizacja tych kontraktów trwała od pierwszych do ostatnich dni wskazanych miesięcy), zaś specyfikacja wymaga minimum 3-letniego doświadczenia (36 miesięcy), przy tym pod uwagę może być brane wyłącznie doświadczenie na budowach, na których pan D. faktycznie kierował robotami po uzyskaniu uprawnień budowlanych, a nie czas od uzyskania uprawnień do momentu złożenia oferty. Zatem konsorcjum Wakoz nie wykazało spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu i złożyło w swej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wykazanej jako kierownik budowy, co powoduje również, że oferty tej nie można skutecznie porównać z ofertami złożonymi przez innych wykonawców, którzy wykazali wymagany przez Zamawiającego potencjał kadrowy i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jako takie jest niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego chybiony jest argument konsorcjum Wakoz, iż ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika obowiązek wylegitymowania się przez osobę desygnowaną na kierownika budowy 3 – letnim doświadczeniem zawodowym rozumianym jako lata praktyki zawodowej w kierowaniu podobnymi do przedmiotu zamówienia pracami, a Zamawiający nie wymagał, aby osoba wykazana na stanowisko kierownika budowy posiadała doświadczenie jako kierownik robót w rozumieniu art. 12

Prawa budowlanego – wymóg ten wynika jednoznacznie ze sformułowania „min 3 lata praktyki zawodowej jako kierownik podobnych robót”, kierować robotami budowlanymi można bowiem wyłącznie jako kierownik budowy lub kierownik robót i tylko takie funkcje przewidziane są prawem.

Wybór przez Zamawiającego oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej był nieuprawniony z uwagi na treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, co miało niewątpliwie miejsce, winno skutkować wykluczeniem oferty konsorcjum Wakoz i w konsekwencji uznaniem jego oferty za odrzuconą. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy zamawiający poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji. Skoro pan D. nie posiadał wymaganego doświadczenia z uwagi na brak uprawnień zawodowych podczas realizacji niektórych z wykazanych w załączniku „Potencjał kadrowy” kontraktów, zaś został przedstawiony jako osoba spełniająca te wymagania, złożenie tej nieprawdziwej informacji miało niewątpliwie wpływ na wynik postępowania, gdyż spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru tej oferty.

Przy tym podania przez konsorcjum Wakoz nieprawdziwych informacji nie można uznać za błąd podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem uzupełnieniu takiemu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy, takiego charakteru nie ma zaś dokument zawierający nieprawdziwe dane. Chybione jest zatem uzupełnienie życiorysu pana D. dokonane przez konsorcjum Wakoz w przystąpieniu do protestu po stronie Zamawiającego, a podanie nieprawdziwej informacji nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazał też, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający nie odniósł się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji. Nie zgodził się też

z poglądem Zamawiającego, iż ciąży na nim wyłącznie obowiązek eliminowania wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, bowiem spoczywa na nim również obowiązek eliminowania z postępowania wykonawców, co do których zachodzą przesłanki do wykluczenia z mocy ustawy, jak to miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Oddalając protest Zamawiający stwierdził, że konsorcjum Wakoz spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu, gdyż złożyło wraz z ofertą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie dotyczące potencjału kadrowego, z którego wynika, że pan D. posiada wymagane doświadczenie, zatem nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wakoz Sp. z o.o. i Poldim S.A. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby w przytoczonego powyżej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowaniem „kierownikiem budowy pełniącym równocześnie funkcję kierownika robót dla branży drogowej” z minimalnym doświadczeniem zawodowym – „min. 3 lata praktyki zawodowej jako kierownik podobnych robót” wynika jednoznacznie, że wymogiem Zamawiającego było, aby osoba ta miała doświadczenie właśnie jako kierownik budowy lub kierownik robót branży drogowej w rozumieniu art. 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, a nie jakakolwiek osoba pełniąca funkcje związane z czynnościami kierowniczymi na budowie, czy też ogólnie „doświadczenie zawodowe”. Przy tym użycie w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego określenia „kierownik budowy” lub „kierownik robót” czy to przez zamawiającego, czy wykonawcę jednoznacznie jest interpretowane w ten właśnie sposób. Tym samym podanie przez konsorcjum Wakoz w wykazie „Potencjał kadrowy” w kolumnie „funkcja” nazwy „kierownik budowy” lub „kierownik robót” musiało być odczytane przez Zamawiającego w ten właśnie sposób – a nie jako ogólnie osoby zarządzającej personelem. Zatem w przypadku kontraktów, na których pan D. nie pełnił funkcji kierownika robót – co zostało przyznane przez konsorcjum Wakoz w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu dla wskazanych przez Odwołującego kontraktów: „Budowa obwodnicy miasta Szubin w ciągu drogi krajowej nr 6”, „Przebudowa ulicy Spacerowej w Gdańsku”, „Budowa infrastruktury drogowej Centrum Logistycznego Prologis w Gdańsku” – oświadczenie „kierownik robót” niewątpliwie było informacją nieprawdziwą i wprowadzającą Zamawiającego w błąd.

Natomiast z pozostałych wskazanych przez konsorcjum Wakoz w dołączonym do oferty wykazie „Potencjał kadrowy” informacji dotyczących nadzorowanych robót wynika, iż okres doświadczenia pana D. jest krótszy niż wymagane 3 lata i wynosi maksymalnie 33 miesiące – przy założeniu nawet, że wszystkie wskazane roboty obejmują pełne miesiące (zostały bowiem wymienione miesiącami, bez dat dziennych). Przy tym niezależnie od liczby robót wskazanych w tych samych miesiącach: wrzesień, październik, listopad 2009 r., maj 2009 r., październik – grudzień 2008 r. okresy te są liczone jako jeden miesiąc, tj. kierowanie we wrześniu 2009 r. czterema robotami to nie cztery miesiące, lecz jeden miesiąc doświadczenia – analogicznie jak liczenie doświadczenia zawodowego pracownika przy jednoczesnej pracy na część etatu u kilku pracodawców.

Biorąc zaś pod uwagę fakt, że informacje przedstawiane przez wykonawców w postępowaniu są dla zamawiających ustawowym i najczęściej jedynym źródłem informacji o wykonawcach i podstawą do wyboru kontrahenta, znaczenie zaufania co do prawdziwości tych dokumentów i zawartych w nich informacji jest ogromne – zarówno ze względu na wydatkowanie środków publicznych, jak i na promowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Tym samym wykonawcy zobowiązani są do przygotowania

tych dokumentów z należytą, a wręcz szczególną starannością, a podanie informacji nieprawdziwych i wprowadzających zamawiającego w błąd powinno być traktowane rygorystycznie.

Izba nie zgadza się też z przedstawionym przez Zamawiającego stanowiskiem, iż nie może on badać złożonych oświadczeń – chociaż oczywiście nie wymaga się od niego prowadzenia czynności śledczych w stosunku do ofert i złożonych dokumentów i oświadczeń, powinien jednak reagować na otrzymane w tym zakresie sygnały.

Izba podziela też pogląd, że złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji powoduje ten skutek, że zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Co prawda często trudne jest zakwalifikowanie danej informacji jednoznacznie jako „błąd” w dokumencie czy też „informacji nieprawdziwej”, lecz w niniejszej sprawie Izba nie ma wątpliwości, iż wskazania „kierownik robót” przy robotach, w których osoba ta kierownikiem robót nie była, nie można uznać za „błąd”, lecz jest to informacja nieprawdziwa. Informacja ta ma też niewątpliwie znaczenie dla wyniku postępowania – wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 z późn. zm.).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....