

WYROK
z dnia 13 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A., ul. Łużycka 6, 81-537 Gdynia** od czynności zamawiającego, którym jest **Pomorska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. ul. Poznańska 1a, 76-200 Słupsk,**

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **P.R.I. POL-AQUA S.A. z siedzibą w Piasecznie POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Pomorską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. ul. Poznańska 1a, 76-200 Słupsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), co stanowi kwotę wpisu od odwołania uiszczonego przez **ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A., ul. Łużycka 6, 81-537 Gdynia,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **24 399 zł 83 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) przez **Pomorską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. ul. Poznańska 1a, 76-200 Słupsk** na rzecz **ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A., ul. Łużycka 6, 81-537 Gdynia**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający Pomorska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. w Słupsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę i wyposażenie Słupskiego Inkubatora Technologicznego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 115-173987 w dniu 16 czerwca 2010 r.

W dniu 20 sierpnia 2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę P.R.I. POL-AQUA S.A. z siedzibą w Piasecznie POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku.

Wykonawca ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A. w Gdyni wniósł odwołanie wobec: zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A. z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „ustawą Pzp”, wezwania wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących uzupełnionego dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp prowadzących do ponownego uzupełnienia tego samego dokumentu (tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia) z naruszeniem art. 26 ust. 3 i ust. 4 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wezwania wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A. do uzupełnienia jednej strony formularza oferty, z naruszeniem art. 26 ust. 3 w związku z art. 84 ust. 1 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyboru oferty złożonej przez P.R.I. POL-AQUA S.A., jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczenia wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A., powtórzenia czynności badania ofert z pominięciem oferty wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A.

Odwołujący podniósł, że wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A. na pierwsze wezwanie zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2010 r. przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, niezawierające wszystkich danych wymaganych przez zamawiającego w Części I siwz pkt 9.1.2 i pkt 9.1.3, a tym samym niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena złożonych dokumentów według stanu po pierwszym wezwaniu tj. z dnia 5 sierpnia 2010 r. powinna prowadzić, zdaniem odwołującego - do wykluczenia wykonawcy.

W szczególności, wykonawca złożył nowy wykaz wykonanych robót, do uzupełnienia którego nie był wzywany. Po drugie, wykonawca nie podał jednostki monetarnej kwoty wartości zamówień wskazanych w wykazie, nie określił też czy są to kwoty netto czy brutto. Odwołujący zaznaczył, iż nie jest możliwe posiłkowanie się, w tym zakresie, informacjami zawartymi w listach referencyjnych, gdyż w ramach wykazu wymagane jest oświadczenie woli wykonawcy, natomiast listy referencyjne stanowią oświadczenia wiedzy innych podmiotów.

W wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wykonawca wskazał zadania na potwierdzenie spełniania wymogu dotyczącego doświadczenia zawodowego określonych osób. Odwołujący podniósł, że odnośnie wskazanego p. Arkadiusza K. brak jest potwierdzenia 5-letniego doświadczenia zawodowego w zarządzaniu, nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi, gdyż potwierdzono jedynie 58 miesięcy. Odnośnie zadania realizowanego w Dobczycach wykonawca nie podał jaką funkcję pełnił p. Arkadiusz K., w szczególności, iż udział tej osoby w realizacji ww. inwestycji polegał na zarządzaniu, nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi.

Odnośnie p. Kamili K. – nie potwierdzono min. 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub budowy. Wykonawca nie podał pełnionej funkcji na inwestycji „budowa Auchan Gdańsk i Leroy-Merlin Gdańsk”. Wykonawca winien był wskazać również dokładnie wymiar czasowy pełnionych funkcji we wskazanych inwestycjach, podczas gdy zostały wskazane jedynie przedziały w latach. W wykazie nie podano, iż osoba ta posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w wymaganej specjalności sanitarnej bez ograniczeń.

Odnośnie p. Andrzeja Z. nie podano, iż osoba ta posiada uprawnienia do kierowania robotami w specjalności elektrycznej bez ograniczeń.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca nie uwzględnił w wykazie osób informacji dotyczących zakresu wykonywanych przez ww. osoby czynności w poszczególnych zadaniach określonych w wykazie. Ponadto, oświadczenia o udostępnieniu ww. osób nie zawierają zapewnienia, że osoby te zostały udostępnione na cały czas wykonywania zamówienia.

Tymczasem zamawiający w dniu 16 sierpnia 2010 r., z nadużyciem instytucji określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, doprowadził do ponownego uzupełnienia dokumentów – wykazu osób. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zmierzało do wyjaśnienia treści wykazu lecz do uzupełnienia brakujących informacji odnośnie doświadczenia zawodowego p. Arkadiusza K., tj. do podania funkcji, jaką pełnił w zadaniu dotyczącym modernizacji i rozbudowy oczyszczalni ścieków w Dobczycach w ramach Kontraktu: Rozwój Dobczyckiego Parku Przemysłowego. Czynność ta była niedopuszczalna, w świetle zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego

dokumentu, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Stanowiła wyraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego wykonawca złożył ponownie uzupełniony wykaz osób, w którym podano dodatkowo, iż w ramach zadania nr 3 zawartego w wykazie p. Arkadiusz K. pełnił funkcję „Inżyniera Kontraktu”.

Ponadto, zamawiający wezwał wykonawcę P.R.I. POL-AQUA S.A. do uzupełnienia jednej strony formularza oferty, czym doprowadził do uzupełnienia oświadczenia woli stanowiącego ofertę, a jest to możliwe jedynie przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A. w dniu 2 września 2010 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, iż wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie funkcji pełnionej przez Arkadiusza K. w inwestycji w Dobczycach nie narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przystępujący udzielając odpowiedzi w dniu 17 sierpnia 2010 r. udzielił przede wszystkim wyjaśnień, a tylko uzupełniająco do wyjaśnień załączył poprawiony wykaz osób.

Oдноśnie zarzutu, dotyczącego potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, przystępujący wskazał, iż uzupełniony w dniu 10 sierpnia 2010 r., wykaz wykonanych robót, zawiera wartości robót, opiewające na kwoty znacznie przekraczające wymagane przez zamawiającego wartości 15 000 000,00 zł netto. Nawet, gdyby przyjąć, iż są to wartości brutto, to i tak potwierdzają one spełnianie warunków udziału w tym postępowaniu. Zdaniem przystępującego, nie powinna budzić też wątpliwości jednostka monetarna, gdyż wszystkie wskazane w wykazie inwestycje były realizowane w Polsce, gdzie obowiązujące są rozliczenia w PLN. Gdyby natomiast przyjąć nawet, że są to kwoty w innych jednostkach monetarnych, używanych w obrocie (euro, dolar), to poszczególne wartości znacznie przekraczają wartości wymagane przez zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że każda inwestycja, wskazana w wykazie, została potwierdzona dokumentem, z którego jednoznacznie wynika, w jakiej walucie zostały wyrażone poszczególne wartości.

Przystępujący wyjaśnił, iż w wykazie osób wskazał, że p. Kamila K. posiada wymagane doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robot, a z dokumentu złożonego w ofercie na str. 19 wynika, że posiada uprawnienia bez ograniczeń. Podobnie, w przypadku p. Andrzeja Z. (str. 23 oferty).

Przystępujący podniósł, iż w specyfikacji nie określono wymogu podania zakresu prac wykonywanych przez określone w wykazie osoby.

Przystępujący wskazał także, że skoro złożone zobowiązania do udostępnienia osób nie zawierają jakichkolwiek ograniczeń czasowych, to należy przyjąć, iż dana osoba jest wskazana do udziału w wykonaniu zamówienia w całym okresie realizacji. Brak jest

ograniczenia czasowego w oświadczeniu złożonym przez Elektromontaż Gdańsk S.A. odnośnie udostępnienia osoby Andrzeja Z. do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych w całym okresie realizacji zamówienia.

Przystępujący wyjaśnił, iż uzupełnienie strony nr 3 formularza oferty nastąpiło wyłącznie z powodu braku parafowania tej strony przez osoby składające ofertę. Nawet gdyby uznać, że powyższe uzupełnienie nie mogło nastąpić skutecznie, ponieważ nie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, to należy stwierdzić, iż powyższe naruszenie nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Brak parafek w ofercie nie może bowiem skutkować odrzuceniem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót budowlanych polegających na wybudowaniu co najmniej dwóch nowych obiektów budowlanych (których realizację zakończono i odebrano) w rozumieniu art. 3 pkt 1a) oraz pkt 2) ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r., z których każdy spełnia jednocześnie wszystkie wymienione wymagania, tj. o minimum dwóch kondygnacjach i kubaturze min. 30 000 m³ o wartości robót każdej z nich co najmniej 15.000.000,00 PLN netto łącznie z robotami instalacyjnymi.

W celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć m.in. wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, dat i miejsca wykonania (sporządzony według wzoru

stanowiącego załącznik nr 4 do stanowiącej Część I SIWZ Instrukcji dla Wykonawców) oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający wymagał także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wskazania osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami:

a) osoba przewidziana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy - Kierownika

Projektu spełniająca następujące warunki:

1 osoba z minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym w zarządzaniu, nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi, która w tym okresie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy/Kierownika Projektu, w minimum jednym projekcie o wartości robót min. 15.000.000,00 PLN (netto) i co najmniej jednym prowadzonym wg Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych tj. warunków kontraktowych FIDIC dostosowanych do prawa lokalnego państwa na terenie którego wykonywane były inwestycje, a ponadto, osoby, które posiadają uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń (wymagane przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane tekst jednolity Dz. U. z 2006r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, w następujących specjalnościach:

b) osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy spełniająca następujące warunki:

1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, z minimum 5-letnim doświadczeniem udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika budowy i w tym okresie pełniła funkcję kierownika budowy dla co najmniej jednego obiektu budowlanego obejmującego budowę obiektu o min. 2 kondygnacjach i kubaturze 30.000 m³.

c) osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych spełniająca następujące warunki:

1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - pełniąc funkcje kierownika budowy lub robót na budowie, z minimum 5-letnim doświadczeniem udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika robót lub budowy i w tym okresie pełniła funkcję kierownika robót lub budowy dla co najmniej

jednego obiektu budowlanego obejmującego budowę obiektu o min. 2 kondygnacjach i kubaturze 20.000 m³.

d) osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych spełniająca następujące warunki:

1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - pełniące funkcje kierownika budowy lub robót na budowie, z minimum 5-letnim doświadczeniem udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika robót lub budowy i w tym okresie pełniła funkcję kierownika robót lub budowy dla co najmniej jednego obiektu budowlanego obejmującego budowę obiektu o min. 2 kondygnacjach i kubaturze 20.000 m³.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć m.in. wykaz 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 do wykonania zamówienia, a także zakresie wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do stanowiącej Część I SIWZ Instrukcji dla Wykonawców).

Na potwierdzenie spełniania określonego w siwz (Część I - IDW, pkt 9.1.3.) warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A przedłożył wraz z ofertą m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wymieniając w nim m.in. następujące osoby:

- p. Arkadiusza K. - Przedstawiciel Wykonawcy,
- p. Kamilę K. - Kierownik Robót Sanitarnych,
- p. Andrzeja Z. - Kierownik Robót Elektrycznych.

Dnia 5 sierpnia 2010 r. zamawiający zwrócił się do P.R.I. POL-AQUA S.A, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia m.in.:

- dokumentów potwierdzających, że jedna z robót wymienionych w pkt 2 i 3 wykazu wykonanych robót (załącznik nr 4) została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona - zamawiający wyjaśnił, że przedstawione przez wykonawcę dokumenty w postaci protokołów odbiorów końcowych obu tych inwestycji wykazują istnienie usterek w oddanych przedmiotach umowy oraz brak jest informacji o usunięciu wszystkich stwierdzonych w tych dokumentach usterek,

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 3) - zamawiający powtórzył w wezwaniu treść wymagania sformułowanego w pkt 9.1.3 Części I siwz (IDW) oraz wyjaśnił, że z informacji podanych w wykazie osób złożonym przez wykonawcę nie wynika minimum 5-letnie doświadczenie w zarządzaniu, nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi Arkadiusza K., minimum 5-letnie doświadczenie udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika robót lub budowy Kamili K., minimum 5-letnie doświadczenie udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika robót lub budowy Andrzeja Z.,
- strony 3 („000003”) oferty, paraflowanej przez osobę (osoby) upoważnione do reprezentowania wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A przy piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. przedłożył m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z trzema listami referencyjnymi, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, paraflowaną przez pełnomocnika stronę 3 oferty (stanowiącą pierwszą stronę formularza ofertowego wg załącznika nr 1 do siwz).

W uzupełnionym wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A podał określone zadania składające się na doświadczenie wskazanych osób. Odnośnie p. Arkadiusza K., mającego pełnić funkcję Przedstawiciela Wykonawcy wskazał:

- Zespół Mieszkaniowy „Szafarnia” w Gdańsku, wartość 97 mln zł, kierownik projektu 10.2007- 01.2010,
- Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody Drwęcą-Jedwabno, wg FIDIC, wartość 11 mln euro, przedstawiciel wykonawcy 04.2005-09.2007,
- Modernizacja, rozbudowa oczyszczalni ścieków w Dobczycach w ramach kontraktu: Rozwój Dobczyckiego Parku Przemysłowego, Projekt PHARE PL 2002/000-580-06.15 wg FIDIC, 01.2004 - 12.2005. (brak podania funkcji).

Odnośnie p. Kamili K., mającej pełnić funkcję Kierownika Robót Sanitarnych wykonawca podał następujące zadania:

- Park Wodny w Sopocie, 2 kondygnacje, kubatura powyżej 20.000 m³, kierownik projektu (01.2002-11.2002,
- CH TESCO Gdańsk, kierownik robót 08.2007-08.2008,
- Budowa Makro-Cash Gdynia - kierownik robót, Budowa Auchan Gdańsk, Budowa Leroy- Merlin Gdańsk - lata 1996-1998,
- Osiedle Mieszkaniowe „Chelm”, kierownik budowy/robót lata 1991-1995.

W ofercie zostały złożone m.in.: uprawnienia budowlane Kamili K. (str. 18) oraz postanowienie wyjaśniające treść decyzji o nadaniu uprawnień nr 569 Gd/74, decyzja

o uzyskaniu uprawnień budowlanych przez Andrzeja Z. (str 23), a także oświadczenie złożone przez Elektromontaż Gdańsk S.A., że podmiot ten udostępnia Andrzeja Z. do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych „w przypadku gdy (wykonawca) uzyska zamówienie na wykonanie zadania p.n. Budowa i wyposażenie Słupskiego Inkubatora Technologicznego” oraz oświadczenie p. Kamili K. deklarującej udział w wykonywaniu zamówienia.

W złożonych listach referencyjnych, dotyczących zamówień zawartych w wykazie wskazane zostały kwoty wartości ww. zamówień. KBP-6 Sp. z o.o. z siedzibą w Zabierzowie potwierdziła wartość inwestycji w kwocie 69 mln (pozycja 1 wykazu). W uzupełnionych listach referencyjnych TK Operations Polska S.A. w Warszawie potwierdziła wartość 148 651 177,00 zł netto (pozycja 2 wykazu), a Grupa Lar Real Estate Polonia Spółka z o.o. w Warszawie potwierdziła wartość inwestycji w kwocie ponad 53 mln. złotych netto (pozycja 3 wykazu).

Dnia 16 sierpnia 2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę P.R.I. POL-AQUA S.A. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień „Czy Arkadiusz Kowalski, wskazany w uzupełnionym przez wykonawcę załączniku nr 3 do oferty jako Przedstawiciel Wykonawcy, w żądaniu „Modernizacja, rozbudowa oczyszczalni ścieków w Dobczycach w ramach Kontraktu: Rozwój Dobczyckiego Parku Przemysłowego, Projekt PHARE PI 2002/000-580-06.15 wg FIDIC 01.2004 -12.2005” pełnił funkcję z zakresu zarządzania nadzorowania lub kierowania robotami budowlanymi?” Zamawiający podał, iż ww. pytanie uzasadnione jest tym, że w uzupełnionym załączniku nr 3 nie podano w odniesieniu do opisu powyższego zadania funkcji, jaką w nim pełnił Arkadiusz K.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dnia 17 sierpnia 2010 r. wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A przedłożył po raz kolejny uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 3), w którym to wykazie wykonawca wskazał, iż w ramach zadania Rozwój Dobczyckiego Parku Przemysłowego, Projekt PHARE PI 2002/000-580-06.15 wg FIDIC 01.2004 -12.2005 p. Arkadiusz K. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu. W piśmie przewodnim z tejże daty, wykonawca wskazał, iż funkcja inżyniera kontraktu jest funkcją z zakresu nadzorowania robót budowlanych.

W powyższych okolicznościach Izba zważyła, jak poniżej.

Izba uznała za zasadny zarzut wezwania wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących uzupełnionego dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które prowadziło do ponownego uzupełnienia tego samego dokumentu - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, z naruszeniem art. 26 ust. 3 i ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uznając, iż ponowne uzupełnienie wykazu osób w zakresie potwierdzającym wymagane doświadczenie osoby p. Arkadiusza K. jest nieuprawnione Izba stwierdziła zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A. z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, posiadającymi wymagane doświadczenie, nastąpiło w drodze dwukrotnego uzupełnienia dokumentu „Wykazu osób”, w odniesieniu do osoby wskazanej w ww. wykazie do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy - Kierownika projektu, w zakresie 5 – letniego doświadczenia zawodowego w zarządzaniu, nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi.

Wezwanie wykonawcy przez zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2010 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania, czy dana osoba w określonej inwestycji pełniła funkcję z zakresu zarządzania, nadzorowania lub kierowania robotami budowlanymi, było de facto pytaniem o podanie informacji - jaką funkcję dana osoba pełniła, gdyż uzupełniony wcześniej wykaz nie zawierał takiej informacji. Nie chodzi w tym przypadku o wyjaśnienie sprzeczności lub niejasności treści zawartej w wykazie lecz o uzupełnienie całkowicie nowej informacji, której brak, a która była wymagana w siwz.

Przy tym należy zauważyć, iż zamawiający nieprawidłowo zastosował w wezwaniu z dnia 16 sierpnia 2010 r. tryb wyjaśnień określony w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia w tym trybie mogą dotyczyć wyłącznie treści oferty. Przepis ten nie ma zastosowania do wyjaśniania treści dokumentów lub oświadczeń, składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą prawną do wyjaśniania treści ww. oświadczeń i dokumentów jest art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto, wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto – jego uzupełnienie.

Biorąc pod uwagę, iż w tym przypadku wyczerpany został przez zamawiającego tryb jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób odnośnie potwierdzenia wymaganego 5-letniego doświadczenia danej osoby (p. Arkadiusza K.), poprzez wezwanie z dnia 5 sierpnia 2010 r., ponowne uzupełnienie tego samego dokumentu (wykazu osób), należało uznać za niedopuszczalne w świetle art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a także w kontekście przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego zachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślić należy, iż warunki udziału w postępowaniu zostały opisane przez zamawiającego, zarówno w ogłoszeniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób czytelny i jednoznaczny, dlatego Izba uznała, że zakres wymaganej przez zamawiającego informacji był jasny dla wykonawców, w tym dla przystępującego. Izba zauważyła, iż przystępujący wykonawca podał w wykazie wszystkie wymagane informacje w odniesieniu do innych osób, a także odnośnie tej samej osoby w przypadku pozostałych inwestycji wskazanych w wykazie.

Wobec powyższego, Izba uznała, że wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A., w przewidzianej w ustawie Pzp procedurze, wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie potwierdził spełnienia warunku dotyczącego 5-letniego doświadczenia p. Arkadiusza K. w zarządzaniu, nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi. Czynność zamawiającego polegająca na ponownym (drugim z kolei) wezwaniu wykonawcy de facto do uzupełnienia tego samego wykazu, w celu wykazania spełnienia warunku w tym samym zakresie (doświadczenia zawodowego osoby) stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, powodując, iż ww. wykonawca w sposób uprzywilejowany w stosunku do innych wykonawców, tj. w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uzyskał od zamawiającego dodatkową możliwość złożenia prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku podania jednostki monetarnej kwot wartości wykonanych zamówień wskazanych w wykazie oraz braku określenia, czy są to kwoty netto czy brutto, Izba uznała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Wymagane informacje, zarówno co do jednostki monetarnej jak i określenia wartości zamówień (netto czy brutto) znajdują się w złożonych wraz z ofertą dokumentach, potwierdzających należyte wykonanie zrealizowanych zamówień. Odwołujący powyższych okoliczności nie kwestionował. Nie można uznać wobec powyższego, że zamawiający nie uzyskał wymaganych informacji w powyższym zakresie. Są to informacje wiarygodne, ich prawdziwość nie była przez odwołującego podważana. Zamówienia były realizowane w Polsce, zatem nie uległa wątpliwości, że rozliczenie za wykonanie ww. zamówień zostało dokonane w PLN, co jednoznacznie potwierdzają też złożone listy referencyjne.

W ocenie Izby, za brak jedynie formalny wykazu należy uznać niepodanie omawianych tu danych w wykazie. Taki brak nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, ponieważ z innych dokumentów złożonych w ofercie wynika jednoznacznie, że powyższe dane znajdują się w złożonych w ofercie dokumentach. W ocenie Izby, obowiązek złożenia przez wykonawcę oświadczenia w omawianym zakresie jest uzasadniony w szczególności tym, że zamawiający nie może żądać potwierdzenia takich danych w dokumentach składanych w celu wykazania należytego wykonania zamówień.

Co do zasady dokumenty te mają jedynie potwierdzać fakt należytego wykonania. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy listy referencyjne zawierają bardziej szczegółowe informacje, które w toku postępowania, nie mogą być całkowicie pomijane przez zamawiającego.

Zarzut, iż wykonawca nie potwierdził min. 5-letniego doświadczenia p. Kamili K. na stanowisku kierownika robót lub budowy, nie potwierdził się. Wskazane w wykazie okresy zatrudnienia pani Kamili K. na stanowisku kierownika robót w pozycji pierwszej - 11 m-cy, pozycji drugiej - 13 m-cy i w pozycji czwartej - co najmniej 3 lata, w pełni potwierdzają spełnienie wymogu zamawiającego.

Izba uznała ponadto, że brak podania w wykazie, iż osoba ta posiada wymagane uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej bez ograniczeń, stanowi brak jedynie formalny w przypadku, gdy do oferty załączony jest wiarygodny dokument potwierdzający jednoznacznie posiadane uprawnienia w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

W ten sam sposób Izba odniosła się także do zarzutu, dotyczącego braku podania w Wykazie osób, iż wskazany przez wykonawcę p. Andrzej Z. posiada uprawnienia do kierowania robotami w specjalności elektrycznej bez ograniczeń. Powyższe informacje jednoznacznie zostały potwierdzone w treści dokumentu stwierdzającego posiadane przez tę osobę uprawnienia.

Zarzut, że wykonawca nie uwzględnił w wykazie osób informacji dotyczących zakresu wykonywanych przez ww. osoby czynności Izba uznała za bezpodstawny. Izba zważyła, że zakres wykonywanych czynności zwykle jest wskazywany poprzez określenie wymaganej funkcji i takie też informacje zostały w wykazie zawarte.

Izba uznała także, że złożonego przez Elektromontaż Gdańsk S.A., oświadczenia o udostępnieniu osoby Andrzeja Z., iż podmiot ten udostępni ww. osobę do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych w przypadku, gdy wykonawca uzyska zamówienie na wykonanie zadania p.n. Budowa i wyposażenie Słupskiego Inkubatora Technologicznego” nie dyskwalifikuje jako zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Złożone przez ww. podmiot jak i p. Kamilę K. oświadczenie nie zawierają jakichkolwiek zastrzeżeń, co do okresu udostępnienia, zatem brak jest podstaw do kwestionowania treści oświadczenia w rozumieniu ww. przepisu. Kwestia udowodnienia, iż zobowiązanie do udostępnienia nie obejmuje pełnego okresu wykonywania zamówienia, leży po stronie odwołującego.

Izba uznała za nieuprawnione w świetle przepisów ustawy Pzp wezwanie wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A. do uzupełnienia strony formularza oferty, po terminie otwarcia ofert. Strona 3 oferty – 1 strona Formularza oferty dla przetargu nieograniczonego” została uzupełniona wraz z pismem z dnia 10 sierpnia 2010 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2010 r. Uzupełnienie nastąpiło w zakresie parafowania jednej strony formularza (str. 3 oferty). Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp określa wyraźnie jakie oświadczenia i dokumenty podlegają uzupełnieniu w tym trybie. Są to oświadczenia i dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictwo. Formularz oferty nie stanowi żadnego z dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 84 ust. 1 ustawy Pzp nie dopuszcza zmiany oferty po upływie terminu składania ofert. Wymaganie określone w siwz dotyczące parafowania stron oferty, powinien być traktowany jedynie jako zalecenie formalne dla wykonawców. Brak parafy na stronie oferty stanowi jedynie nieistotny brak oferty, czysto formalny i nieskutkujący odrzuceniem oferty. Brak ten nie podlega uzupełnieniu. Czynność zamawiającego w tym zakresie należy uznać za nieskuteczną. Izba stwierdziła, że naruszenie przepisów ustawy Pzp w wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia parafy na stronie oferty, nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, co, stosownie do dyspozycji przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiło przesłankę uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust.1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....