

**Sygn. akt: KIO 2667/11**

**WYROK**

**z dnia 28 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa -SRW, 55-300 Środa Śląska, ul. Mostowa 24** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kąty Wrocławskie, 55-080 Kąty Wrocławskie, ul. Rynek Ratusz 1**

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kąty Wrocławskie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 **zł 00gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa -SRW** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Gminy Kąty Wrocławskie** na rzecz wykonawcy **Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa -SRW** kwotę 13 600 **zł 00gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO.

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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W dniu 14 grudnia 2011r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez pełnomocnika złożone zostało odwołanie przez Spółdzielnię Rzemieślniczą Wielobranżową – SRW zwaną dalej „Odwołującym” z siedzibą w Środzie Śląskiej na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty przez prowadzącą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego gminę Kąty Wrocławskie zwaną dalej „Zamawiającym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa: art.24 ust.2 pkt 4, art.89 ust.1 pkt 5, art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. ( j.t. Dz. U. 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” oraz §1 ust.1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2009r. Nr 226, poz.1817) zwanego dalej „rozporządzeniem” poprzez niewłaściwie ich zastosowanie, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że zawiadomienie jego o wykluczeniu z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy otrzymał faksem w dniu 9 grudnia 2011r. Natomiast wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy. W związku z tym odwołujący, na podstawie art.182 ust.1 pkt 2 ustawy, odwołanie miał prawo wnieść w ciągu 5 dni od przesłania informacji przez zamawiającego o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazał na doznanie uszczerbku w jego interesie uzyskania zamówienia, poprzez naruszenie przez zamawiającego, powyżej wskazanych przepisów prawa w efekcie naruszenia których został wykluczony z postępowania, odrzucono jego ofertę, pomimo przygotowania prawidłowej oferty i poniesienia kosztów z tym związanych. Odwołujący także wskazał na nieuzyskanie zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty cenowo, przy obowiązującym w tym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert, to znaczy kryterium ceny.

Bezprawność postępowania zamawiającego czyli zarzuty, odwołujący zdefiniował do wezwania jego do dodatkowego udokumentowania doświadczenia kierownika robót branży drogowej, bezpodstawnego wykluczenia z postępowania, bezpodstawnego odrzucenia oferty

oraz dokonania wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza według obowiązującego kryterium cenowego.

Na podstawie tak powyżej wskazanych zarzutów i naruszeń przepisów prawa odwołujący sformułował następujące żądania co do rozstrzygnięcia jego odwołania. Odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienia odrzucenia jego oferty, ponownego dokonania oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Co do okoliczności faktycznych i prawnych odwołania to odwołujący wskazał na argumentację decyzji zamawiającego o jego wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty zamieszczonej w faksie z dnia 9 grudnia 2011r. Argumentacja zamawiającego sprowadzała się do doświadczenia zawodowego Pana Antoniego B kierownika robot drogowych. Odwołujący odniósł się do zapisów SIWZ i wezwania zamawiającego z dnia 29 listopada 2011r. W wezwaniu zamawiający oczekiwał od odwołującego dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika robot drogowych. W ocenie odwołującego ani przepisy ustawy, ani przepisy rozporządzenia, ani przepisy siwz (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie dają zamawiającemu podstaw do formułowania takiego wezwania. Odwołujący w szczególności zacytował treść §1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia oraz wskazał, że zapisy siwz, w których zamawiający żądał załączenia do załącznika nr 7 do siwz dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika budowy nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu obowiązujących przepisów prawa. Niemniej w ocenie odwołującego sformułowanie w zał. nr 6 do SIWZ żądanie ogranicza się do wypełnienia zał. nr 6 co jest zgodne z brzmieniem §1 ust.1 pkt 6 rozporządzenia. Na poparcie swojego stanowiska przywołał brzmienie ust.9 pkt 9.10 siwz zgodnie z którym do wypełnienia oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wystarczało wpisanie odpowiednich informacji w poszczególnych wyodrębnionych pozycjach zał. nr 6 do siwz, bez załączania dokumentów jak to wymagano w zał. nr 7 do siwz. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał str. 32 swojej oferty gdzie opisał doświadczenie kierownika robót drogowych, w jego ocenie zgodnych z wymogami siwz opisanymi w ust.8 pkt 8.1siwz. Odwołujący na wezwanie zamawiającego w dniu 2 grudnia 2011r. składając wyjaśnienie podtrzymał swoje oświadczenia zawarte w zał. n 6 do oferty. W jego ocenie jeżeli na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający podjął decyzję o jego wykluczeniu to powinien co najmniej wykazać zbożnie nieprawdziwych informacji, a czego nie uczynił.

Poza tym odwołujący odniósł się do treści art. 87 ust.1 ustawy co do zakresu i sposobu składania wyjaśnień do treści oferty, której nie stanowią dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wskazuje, że treścią odwołania obejmuje również bezprawne w jego ocenie wezwanie zamawiającego do uzupełnienia udokumentowania doświadczenia kierownika robot drogowych, co nie mogło być przedmiotem odrębnego odwołania z uwagi na wartość zamówienia poniżej kwot ustalanych w odrębnych przepisach na podstawie dyspozycji prawnej przewidzianej art. 11 ust. 7 ustawy, w związku z treścią art. 180 ust.2 ustawy.

Odwołujący wnosząc i wywodząc jak powyżej do odwołania załączył następujące dokumenty:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania, pełnomocnictwo, dowód opłaty skarbowej, odpis KRS,
2. Kopia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
3. Kopia informacji o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty,
4. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania do zamawiającego oraz jako dowody
5. Kopia wezwania do złożenia wyjaśnień,
6. Kopia wyjaśnień odwołującego,
7. Kopia str.32 oferty odwołującego.

Pismem z dnia 23 grudnia 2011r. w dniu 27 grudnia 2011r. zamawiający przez pełnomocnika wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W ocenie zamawiającego miał on prawo zażądać dokumentów oraz wyjaśnień celem wykazania przez wykonawcę posiadania doświadczenia zawodowego kierownika robot drogowych opisanego w siwz. Z uwagi na postawiony wymóg doświadczenia zawodowego opisanego w siwz bez wskazania sposobu wykazania tego doświadczenia w inwencji wykonawców należało to wykazanie, a po stronie zamawiającego przysługiwało prawo do żądania wykazania doświadczenia kierownika robot drogowych, którego opis zamieszczono w siwz.

Z uzupełnionych dokumentów przez odwołującego wynika, że tylko w jednym przypadku spośród trzech wykazywanych można zaliczyć do spełniających wymagania siwz to jest budowy drogi publicznej czy to krajowej, czy to wojewódzkiej, czy to powiatowej , czy to

gminnej. W pozostałych dwóch przypadkach doświadczenie wskazanego w ofercie odwołującego kierownika robót drogowych obejmowało nie budowę tylko remont drogi oraz budowy drogi pod tabor ciężki, ale nie jako drogi publicznej, tylko drogi przy budowie zakładów- hal produkcyjnych.

Wezwaniem odwołującego z dnia 29 listopada 2011r., zamawiający wypełnił obowiązek wezwania jego do uzupełnienia wykazania, iż przedstawiona osoba na stanowisko kierownika robót drogowych posiada stosowne to jest wymagane siwz doświadczenie zawodowe, a co mógł odwołujący wykazać w dowolnie przez siebie obrany sposób, a czego nie uczynił w myśl wymagań siwz.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, w ocenie zamawiającego, postawiony wymóg doświadczenia odwołujący powinien był wykazać, a nie ograniczyć tylko do stwierdzenia, że jego kierownik robót drogowych posiada wymagane doświadczenie opisane w siwz.

Na podstawie wniesionej odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 października 2011r. pod poz. 353 398 i dotyczy modernizacji sieci wodociągowej w Smolcu polegającej na przebudowie i budowie sieci wodociągowej, budowie i przełączeniu przyłączy w ul. Głównej, Chłopskiej, Ogrodowej, Dworcowej, Kolejowej, Cmentarnej, Dębowej, Polnej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Jak wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona na kwotę 1.910.145,58 zł. co stanowi równowartość 497.563,32 euro i kwalifikuje przedmiotowe zamówienie jako podprogowe.

Izba badając na posiedzeniu z udziałem stron skuteczność wniesionego odwołania, nie stwierdziła wystąpienia przesłanek, wymienionych w art.189 ust.2 ustawy, uzasadniających odrzucenie odwołania.

Przystępując do merytorycznego rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła wystąpienie po stronie odwołującego, przesłanek posiadania interesu do wniesienia odwołania wynikających z art. 179 ust.1 ustawy. Tym samym Izba uznała za słuszną argumentację zawartą w

odwołaniu co do wykazania interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w związku ze złożoną najkorzystniejszą cenowo ofertą, przy obowiązującym kryterium oceny ofert jedynie ceny. Bowiern ze zestawienia ofert (protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego) wynika, że cena odwołującego w kwocie 1.228.770,00 zł. jest niższa cenowo niż oferta wykonawcy wybranego przez zamawiającego w wysokości 1.443.547,22zł. brutto.

Odwołujący, jako zarzut odwołania, wskazał niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, w sytuacji bezpodstawnego wykluczenia jego z postępowania, odrzucenia jego oferty, która jest ofertą najkorzystniejszą. Na tej podstawie odwołujący żąda unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożonej do akt sprawy oraz pism procesowych, a także wyjaśnień i oświadczeń złożonych w toku postępowania odwoławczego Izba ustaliła co następuje.**

Pismem z dnia 08.12.2011r. L.dz. ZP 341/54/2011 zamawiający podając uzasadnienie faktyczne i prawne zawiadomił na podstawie art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy o ofertach wykonawców, które odrzucił w tym między innymi o ofercie odwołującego. W piśmie tym zamawiający odnosząc się do czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że w dniu 29 listopada 2011r. zwrócił się o wyjaśnienie treści złożonej oferty potwierdzającej spełnienie przez zamawiającego warunków, a dotyczących udokumentowania doświadczenia kierownika robót drogowych przy kierowaniu co najmniej dwoma budowlami dróg publicznych (krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych). Na wezwanie odwołujący wykazał doświadczenie kierownika robot drogowych, ale dotyczące tylko remontów częściowych, a nie budowy drogi. Poza tym wykazane również place postojowe i parkingi na terenie zakładu nie są drogami publicznymi. W części dotyczącej uzasadnienia prawnego zamawiający zacytował treść art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy, z których wynika, że wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Pismem z dnia 09.12.2011r. L.dz. jak powyżej, zamawiający zgodnie art. 92 ustawy zawiadomił, że dokonał wyboru następującego wykonawcy: Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej „INSAN” s.c. ul. Wrzosowa 14; 59-300 Lubin z ceną ofertową 1.443.547,22 zł. brutto.

Obydwa pisma zostały doręczone odwołującemu drogą faksową w dniu 09.12.2011r. i stanowiły podstawę do wniesienia przez niego odwołania.

W piśmie zamawiającego z dnia 29.11.2011r. skierowanym do odwołującego wskazuje się na wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty i stosownie do art. 87 ust.1 ustawy prosi się o wyjaśnienie: (...) zgodnie z zapisem pkt 8.1. tiret 5 pkt 2 SIWZ Zamawiający żądał udokumentowania doświadczenia kierownika robót drogowych przy kierowaniu co najmniej dwoma budowanymi drogami publicznymi (krajowymi, wojewódzkimi, powiatowymi, gminnymi). W złożonej ofercie brak takiego udokumentowania. Doświadczenie jest udokumentowane dla inspektora nadzoru, a nie kierownika robót. Prosimy o wyjaśnienie i ewentualne uzupełnienie.

W dniu 02.12.2011r. pismem L.dz. 302/2011, data wpływu do zamawiającego w dniu 05.12.2011r. odwołujący uzupełnia dokumenty w postaci 3 referencji dokumentujących doświadczenie dla kierownika robót drogowych. W piśmie tym stwierdza się(...) złożyliśmy w ofercie referencji dokumentujące doświadczenie dla inspektora nadzoru sugerując się, że są one prawidłowe, gdyż odpowiadał on za całość realizowanych zadań. Prosimy o uwzględnienie naszych wyjaśnień i ponowne rozpatrzenie naszej oferty”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że do pisma odwołującego załączono następujące dokumenty odnoszące się do przedmiotu sporu:

1. List referencyjny wystawiony przez Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DUBLER” s.c. z siedzibą w 59-300 Lubinie ul. Marii Skłodowskiej Curie 92 z którego wynika, że Pan Antoni B pełnił obowiązki kierownika robót drogowych w ramach umowy z Gminą Lubin na zadaniu ”Remonty cząstkowe dróg, chodników oraz miejsc parkingowych na drogach gminnych w okresie marzec-czerwiec 2011r.
2. List referencyjny wystawiony przez Althoff Polska sp. z o.o. z siedzibą we 50-109 Wrocławiu ul. Kiełbaśnicza 32 stwierdzający, że Pan Antoni B pełnił obowiązki kierownika robót drogowych w latach 2005/2007 przy pracach związanych z budową dróg pod tabor ciężki wraz z odwodnieniem, budową placów postojowych, manewrowych, parkingów postojowych przy budowie Zakładów – hal produkcyjnych VIBRACOUSTIC POLSKA Sp. z o.o.; FIUKA POLSKA sp. z o.o.; VORWERK DICHTUNGSSYSTEME POLSKA sp. z o.o.; GOTC; ELMSTEEL w miejscowości Komorniki Gmina Środa Śląska.
3. Referencje wystawione przez Zakład Instalacyjno - Budowlany ZIB Jan Kowalski z siedzibą w Środzie Śląskiej zaświadczaający, że Pan Antoni B pełnił obowiązki kierownika robót drogowych przy wykonywaniu zadania „Budowa nawierzchni drogi wraz z chodnikiem, odwodnieniem i miejscami postojowymi wykonanymi z kostki brukowej w ulicy Wierzbowej w Środzie Śląskiej.



Oferta odwołującego w zakresie doświadczenia zawodowego kierownika robót drogowych zawiera:

1. Wykaz osób, które będą realizowały zamówienie z zaznaczeniem po stronie kierownika robót drogowych oprócz nazwiska, wskazanie rodzaju uprawnień-  
uprawnienia budowlane, numer uprawnień – 342/86/UW, lata doświadczenia – 25 lat zgodnie z załączonym życiorysem zawodowym;
2. Upewnienia budowlane do kierowania budową w specjalności konstrukcyjno-  
inżynieryjnej w zakresie dróg wystawione w dniu 05.03.1986r. przez Urząd  
Wojewódzki we Wrocławiu Wydział Planowania Przestrzeni, Urbanistyki, Architektury  
i Nadzoru budowlanego Plac Powstańców Warszawy 1 nr 32/86/UW;
3. Curriculum Vitae w części dotyczącej zatrudnienia w okresie 04/80-06/92 Rejon Dróg  
Publicznych Wołów Kierownik Kierownictwa Robót Nr 1 w Środzie Śl. I 06/92-  
05//2000 Urząd Gminy i Miasta Środa Śląska.
4. Referencje wskazujące na pełnienie nadzoru inwestorskiego przy budowie dróg.

W zakresie zapisów odnoszących się do wymaganych kwalifikacji i doświadczenia dla kierownika robót drogowych dokonano następujących ustaleń na podstawie SIWZ:

#### 8.8.1 Warunki udziału w postępowaniu.

Do przetargu zostaną zakwalifikowani wykonawcy, którzy:

- dysponują wykwalifikowaną kadrą techniczną posiadającą odpowiednie upewnienia budowlane do pełnienia funkcji technicznych bez ograniczeń w zakresie niezbędnym wynikającym ze specyfiki niniejszego zamówienia, t.j. powinni dysponować:

Kierownikiem robót branży drogowej, który posiada:

-upewnienia, nadane zgodnie z ustawą prawo budowlane,

-doświadczenie przy kierowaniu co najmniej dwoma budowami dróg publicznych(krajowych, wojewódzkich, powiatowych lub gminnych)jako kierownik budowy lub kierownik robót

W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca winien załączyć:

9.10. Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i 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 nie czynności oraz pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie osób i podmiotów wykonawca wykazał osoby, którymi będzie dysponował. Wykaz osób przewidzianych do kierowania robotami budowlanymi – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji.

Załącznik nr 6 do SIWZ wykaz osób, które będą realizowały zamówienie; w formie Tabeli zawierającej następujące kolumny:

1. nazwisko i imię lub nazwa;
2. proponowane stanowisko w realizacji zamówienia lub zakres robót;
3. rodzaj uprawnień;
4. numer uprawnień;
5. lata doświadczenia.

oraz pod Tabelą wymagany podpis i pieczęć wykonawcy.

Z kolei Załącznik nr 7 do SIWZ doświadczenie kierownika budowy; w formie Tabeli zawierającej następujące kolumny:

1. lokalizacja budowy,
2. czas realizacji: data rozpoczęcia, data zakończenia,
3. wartość robót (zł).

oraz pod Tabelą wymagany podpis i pieczęć wykonawcy i zapis o następującej treści: „Do oferty należy dołączyć dokumenty potwierdzające doświadczenie kierownika budowy.”

Z przedłożonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w zakresie objętym sporem to jest co do obowiązku oraz sposobu wykazania doświadczenia kierownika robót drogowych w zakresie budowy dwóch dróg nie było ze strony oferentów pytań o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ustawy, co również potwierdzili obecni na rozprawie pełnomocnicy stron.

Natomiast z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w dniu 9 listopada 2011r. zamawiający w trybie art. 38 ust.1 i 2 ustawy przesłał odpowiedź na pytanie o treści: Jakie dokumenty potwierdzające doświadczenie kierownika budowy należy dołączyć do oferty zgodnie z rozporządzeniem w/s rodzajów dokumentów ? dotyczy załącznika nr 7 „Doświadczenie kierownika budowy”.

Na tak zadane pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi z której wynika, że „(...) Zamawiający żąda wykazania doświadczenia przez osoby odpowiedzialne za realizację zamówienia załączając dodatkowy dokument (...).

**Na podstawie powyżej opisanych dokonanych w toku rozprawy ustaleń Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ czynność wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzucenia jego oferty stanowi naruszenie przepisów powyżej przywołanej ustawy - Prawo zamówień publicznych. Bowiern zgodnie z art. 192 ust.2 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący słusznie złożył odwołanie powołując się na naruszenie wskazanych w nim przepisów ustawy to jest art. 24 ust.2 pkt 4 , art. 89 ust.1 pkt 5, art.91 ust.1 ustawy oraz §1 ust.1 pkt 6 powyżej przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów.

Zamawiający zgodnie z ustawową kompetencją wynikająca z art.36 ustawy sformułował specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), określając w niej między innymi wymogi dla osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót drogowych.

W warunkach do spełnienia przez tego kierownika przewidziano między innymi doświadczenie zawodowe tejże osoby a polegające na kierowaniu jako kierownik budowy lub kierownik robot budową co najmniej dwóch dróg publicznych ( pkt 8.8.1. str. 5 siwz).

Wykazanie spełnienia postawionych warunków kierownikowi robót drogowych miało nastąpić w ofercie poprzez wypełnienie tabeli według załącznika nr 6 do SIWZ. Przy czym konstrukcja tabeli przedstawiała się tak, że wykonawca mógł wpisać następujące dane (informacje) o osobie kierownika robót drogowych: imię i nazwisko lub nazwa, stanowisko w realizacji zamówienia, rodzaj uprawnień, lata doświadczenia.

Wykorzystując do przygotowania oferty, tak sformułowaną przez zamawiającego tabelę, odwołujący złożył ofertę wypełniając tabelę stanowiącą załącznik do oferty nr 6 i

podając w niej imię i nazwisko danej osoby mającej pełnić przewidzianą funkcję (kierownik robót drogowych), proponowane stanowisko - kierownika robót drogowych, rodzaj uprawnień – uprawnienia budowlane, numer uprawnień – 32/86/UW, lata doświadczenia – 25 lat zgodnie z załączonym życiorysem zawodowym.

W toku postępowania odwoławczego ustalono, że odwołujący do oferty załączył również szereg innych dokumentów odnoszących się do osoby kierownika robót drogowych między innymi referencje potwierdzające pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie robót drogowych.

Zamawiający natomiast oczekiwał dokumentów potwierdzających pełnienie funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, a nie inspektora nadzoru inwestorskiego. W związku z tym zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust.1 ustawy o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów. Odwołujący uzupełnił dokumenty ale w sposób niezadawalający zamawiającego, który w efekcie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podjął czynność wykluczenia odwołującego z tegoż postępowania.

Odwołujący zaskarżył decyzję zamawiającego składając odwołanie, w którym podniósł zarzut bezpodstawnego żądania dokumentów na wykazanie spełnienia doświadczenia w postaci kierowania budową lub robotami przy budowie co najmniej dwóch dróg publicznych.

W ocenie Izby żądanie zamawiającego przedłożenia dokumentów wskazujących na udział kierownika robót drogowych w kierowaniu przy budowie dróg jest nieuprawnione w kontekście sformułowanych przez zamawiającego siwz. Co prawda zamawiający w opisie warunków udziału postawił wymóg doświadczenia w budowie co najmniej dwóch dróg, ale nie był na tyle konsekwentny opisując sposób wykazania doświadczenia formułując zał. nr 6 – wykaz osób, które będą realizowały zamówienie. Jak już wyżej wspomniano Tabela z zał. nr 6 zawiera tylko ogólną pozycję pod nazwą „lata doświadczenia” bez wskazania co należy do niej wpisać czy podać tylko ilość lat doświadczenia jako kierownika robót drogowych czy wpisać zgodnie z wymogiem postawionym w siwz to jest wykazując budowy dwóch dróg publicznych. Niemniej nawet gdyby przyjąć, że oferent powinien wykazać własną inicjatywę w tym zakresie i opisać te co najmniej dwie budowy drogi to nadal nie wiadomo z jaką dokładnością należy to wykonać. Na przykład czy wystarczy podać lokalizację dróg, czy należy podać okres budowy, czy należy podać inwestora, czy należy podać wartość robót itd. Podjęcie we własnym zakresie opisu realizowanych robót drogowych zawsze mogłoby spotkać się z zarzutem braku podania jakichś parametrów inwestycji.

W takiej sytuacji w ocenie Izby wykonawca powinien wypełniając tabelę odnieść się wprost do jej tytułu to jest w tym przypadku do "lata doświadczenia", czyli podać ilość lat doświadczenia jako kierownika robót drogowych legitymującego się podanymi w tejże tabeli uprawnieniami.

Dla dalszego poparcia stanowiska Izby można również wskazać różnice jakie zachodzą pomiędzy sformułowanymi tabelami w zał. nr 6 i zał. nr 7. Załącznik nr 7 odnosi się do kierownika budowy i tutaj zamawiający doprecyzował wymogi oczekując podania po pierwsze lokalizacji budowy, po drugie daty jej rozpoczęcia i zakończenia oraz po trzecie wartości robót. Dodatkowo w zał. nr 7 zamawiający zaznaczył, że do oferty mają być dołączone dokumenty potwierdzające doświadczenie kierownika budowy.

Takich że zapisów znajdujących się w zał. nr 7 odnoszącym się do kierownika budowy nie ma w zał. Nr 6 odnoszącym się do Wykazu osób, które będą realizowały zamówienie to jest również do kierownika robót drogowych.

Porównanie treści zał. nr 6 i nr 7 oraz analiza treści zał. nr 6 w ocenie Izby nie pozwala wywieść skutecznego prawa żądania od odwołującego opisanego w zał. nr 6 wymaganych w siwz doświadczenia kierownika robót drogowych w postaci co najmniej dwóch robót (budów) drogowych.

Tym samym zamawiający formułując wymóg w siwz nie opracował dokumentu w którym ma wykonawca opisać wymagane doświadczenie w zakresie kierowania budową dwóch dróg publicznych i dokładności z jaką ma to zrobić w zakresie parametrów takich jak: kiedy, gdzie, dla kogo, za ile, rodzaj, wielkość itd. W tym stanie rzeczy oferent mógł potwierdzić wymagane doświadczenie w kierowaniu budową dwóch dróg przez wypełnienie oświadczenia w trybie art.22 ust.1 ustawy i wypełnienie zał. nr 6 do siwz w części lata doświadczenia – wpisując wprost tylko ilość lat bez szczegółowego opisu co w poszczególnych latach robił.

W związku z powyższym w ocenie Izby nie podlegają ocenie w zakresie spełnienia spornego warunku udziału (kierowanie budową dwóch dróg) przedłożone do oferty dodatkowe dokumenty poza zał. nr 6 w części odnoszącej się do kierownika robót drogowych i oświadczenia w trybie art.44 ustawy oraz nie podlegają ocenie dokumenty załączone na wezwanie przy piśmie odwołującego w dnia 2 grudnia 2011r.

Bowiem jeżeli zamawiający na etapie formułowania zapisów siwz nie uszczegółowi i nie doprecyzuje w jaki sposób oferent ma wykazać spełnienie postawionego wymogu w siwz, to nie może formułować tychże wymogów na etapie sprawdzania oferty.

Natomiast w toku postępowania odwoławczego nie postawiono, jak również nie wykazano zarzutu podania nieprawdziwych oświadczeń w zakresie posiadania doświadczenia kierowania co najmniej dwoma drogami (krajowymi, wojewódzkimi, powiatowymi, gminnymi). Zresztą sam warunek tego doświadczenia zawodowego postawiony jest w sposób bardzo lakoniczny i ogólnikowy.

Izba nie uznała za trafną argumentację podniesioną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, z przywołaniem art. 26 ust.2a ustawy na okoliczność, że zamawiający może w każdym przypadku wzywać do wyjaśnień co do spełnienia warunku udziału bez względu na zapisy siwz. Bowiem w ocenie Izby samo postawienie wymogu spełnienia określonego warunku udziału (kierowanie budową dwóch dróg) bez wskazania w siwz sposobu jego wykazania w ofercie nie daje prawa zamawiającemu do wzywania do wyjaśnień czy złożenia udokumentowania, nie sprecyzowanego w siwz.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury VAT w kwocie 3.600,00zł.

Przewodniczący: