

**WYROK**

**z dnia 6 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2013 r. przez **DDG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Białej Podlaskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **Grontmij Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Podlaskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Białymstoku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty **DDG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Białej Podlaskiej** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DDG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Białej Podlaskiej** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku** na rzecz **DDG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Białej Podlaskiej** kwotę **23 765 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do 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 we **Białymstoku**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie 2A – pełnienie nadzoru inwestorskiego związanego z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 645 i Nr 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku granica województwa – m. Nowogród”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 20 lutego 2013 roku wykonawca DDG Sp. z o.o. Sp.k. w Białej Podlaskiej (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez odwołującego się
- wykluczeniu z postępowania odwołującego się. i odrzuceniu jego oferty,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grontmij Polska Sp. z o.o.;
- nie dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, iż zachodzi podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania;
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo faktu, iż nie zachodziła przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, a tym samym unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grontmij Polska Sp. z o.o.;

3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
4. wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się podniósł, iż pismem z dnia 12 lutego 2013 roku, otrzymanym faxem również w dniu 12 lutego 2013 roku, przekazał odwołującemu informację o wykluczeniu go z postępowania, powołując się na treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji podał, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, zawartego w punkcie V.4.1 SIWZ a mianowicie poprzez brak wykazania pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót - na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 20.000.000 PLN (brutto).

Mając na uwadze powyższe, oferta odwołującego została odrzucona, a jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Grontmij Polska Sp. z o.o.

Wskazując na nieprawidłowość decyzji Zamawiającego, odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający w punkcie V.4.1 SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu, wskazał, iż w zakresie warunku polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w odniesieniu do Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych, wymagane jest wykazanie:

- 1) posiadania uprawnień budowlanych pozwalających na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem, min. 5 lat doświadczenia z uprawnieniami;
- 2) pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót - na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 20.000.000 PLN (brutto).

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, odwołujący wykazał uprawnienia budowlane oraz doświadczenie Pana S..... B..... W załączniku 4a do Oferty „Doświadczenie osób ...” odwołujący wskazał, iż Pan B..... pełnił funkcję inspektora nadzoru na zadaniu „Budowa drogi krajowej nr 66 Zambrów - Bielsk Podlaski - Granica Państwa na odcinku przejścia przez Brańsk od km 50+500 do km 54+250 wraz z przebudową przepustów z rur stalowych karbowanych pod drogą w km 50+928 i km 52+410 oraz budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej”.

Zamawiający jest w posiadaniu referencji udzielonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 4 maja 2011 roku, które dodatkowo potwierdzają wskazane przez odwołującego doświadczenie S..... B..... oraz wartość robót, a tym samym prawdziwość przedstawionych przez odwołującego informacji. Referencje te zostały przedstawione zamawiającemu przy piśmie z dnia 29 lutego 2012 roku w trakcie realizacji umowy łączącej strony, dotyczącej „Przebudowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej numer 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi na odcinku Krypno - Tykocin”.

Z przedstawionych przez odwołującego dokumentów, wprost wynika, iż Pan S..... B..... pełnił funkcję Inspektora Nadzoru, a roboty w tym zakresie zostały już wykonane i rozliczone.

W ocenie odwołującego się twierdzenia zamawiającego będące podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania stanowią nieuprawnioną rozszerzającą wykładnię treści SIWZ. Zamawiający powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w SIWZ. To treść warunku udziału w postępowaniu determinuje sposób wykazania warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie może być sytuacji, w której, Zamawiający po wzięwszy informację o tym, iż Pan S..... B..... pełnił funkcję inspektora nadzoru przez 18 dni, dokonuje wykładni rozszerzającej wymogów sformułowanych w SIWZ, chcąc przerzucić na odwołującego swoją nieprecyzyjność w zakresie przygotowania treści SIWZ. Zamawiający dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjmując jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Odwołujący spełnił stawiane przez zamawiającego wymogi w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zadania, w taki sposób jaki został określony w SIWZ. Natomiast wskazywanie przez zamawiającego, iż interpretacja zapisów SIWZ jest znacznie szersza i w oparciu o to, uznanie, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, nie może być uznane za prawidłowe, w świetle obowiązku zamawiającego do sporządzania SIWZ w sposób skonkretyzowany, niebudzący wątpliwości.

Gdyby zamawiający chciał aby osoba pełniąca funkcję Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych posiadała doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót przez pewien określony czas, to stosowany zapis powinien znaleźć się w treści SIWZ, tak jak to miało miejsce w innym przetargu organizowanym przez zamawiającego na usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego na zadaniu „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 653 wraz z

drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Smolany Dąb Sejny z obejściem miejscowości Krasnopol”, gdzie w treści SIWZ ([http://bip.pzdw.wrotapodlasia.pl/content/Smolany\\_Dab\\_Sejny/zad\\_2/](http://bip.pzdw.wrotapodlasia.pl/content/Smolany_Dab_Sejny/zad_2/)), w zakresie wymogów wskazano, iż Kierownik zespołu nadzorującego - Inspektor nadzoru robót drogowych winien „wykazać pełnienie funkcji inspektora nadzoru / kierownika budowy / kierownika robót (od dnia rozpoczęcia do dnia zakończenia zadania) na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/ rozbudowie/ przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości robót min. 20 000 000 PLN (brutto).” W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający takiego zapisu nie zawarł, zatem nie może wymagać spełnienia takich warunków od odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stwierdził, iż Pan B..... sprawował funkcję inspektora na wskazanym zadaniu jedynie przez 18 dni, nie podejmując przy tym żadnych czynności wchodzących w zakres czynności inspektora.

Z zaświadczenia przedłożonego przez Podlaskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Białymstoku wynika, że inwestor – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku powiadomił PWINB o zamiarze rozpoczęcia w dniu 17 kwietnia 2009 roku robót budowlanych, dołączając pisemne oświadczenie Pana S..... B..... o podjęciu obowiązków inspektora nadzoru na tej budowie. Natomiast w dniu 4 maja 2009 roku nastąpiła zmiana inspektora i funkcję tę do zakończenia budowy pełnił Pan A..... J.....

Zamawiający w dniu 29 listopada 2012 roku skierował zapytanie do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, czy Pan S..... B..... pełnił funkcję inspektora od początku do końca realizacji zadania wraz z jego rozliczeniem. W przekazanej informacji Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku stwierdza, że Pan B..... obowiązki inspektora nadzoru branży drogowej pełnił od dnia 17.04.2009 do dnia 04.05.2009 r.

Zamawiający wskazał ponadto, iż pismem z dnia 5 lutego 2013 roku wezwał odwołującego się do wykazania doświadczenia Pana S..... B..... Odwołujący się pismem z dnia 7 lutego 2013 roku wskazał inne inwestycje, na których Pan B..... pełnił funkcję inspektora nadzoru. W ocenie zamawiającego wskazane doświadczenie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

**Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę.**

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istota sporu sprowadzała się do interpretacji warunku opisanego w pkt. V.4.1.siwz w brzmieniu: Kierownik zespołu nadzorującego – Inspektor nadzoru robót drogowych winien wykazać pełnienie funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót – na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości robót min. 20 000 000 PLN (brutto).

W ocenie Izby sporny warunek nie oznaczał wymogu wykazania, że osoba wskazana na stanowisko kierownika zespołu nadzorującego – inspektora nadzoru robót drogowych, winna była legitymować się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót przez cały okres trwania inwestycji. Co więcej – warunek w ogóle nie wskazywał na żaden wymagany okres, w jakim osoba ta ma pełnić wymaganą funkcję. Izba zgadza się w tym zakresie z odwołującym się, iż interpretacja warunku przez zamawiającego stanowi w istocie jego nieuprawnioną zmianę, dokonaną już po terminie składania ofert.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być

sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłącznie w sytuacji wskazanej w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

Z powyższego wynika, iż zamawiający może zmienić siwz wyłącznie wtedy, gdy nie upłynął jeszcze termin składania ofert. Stosując wykładnię *a contrario* wskazanego przepisu stwierdzić należy, że zmiana siwz po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna.

Izba popiera w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 roku (sygn. akt: KIO 62/13), gdzie Izba wskazała, że „Jeżeli Zamawiający chciał, aby przedstawić na stanowisko inspektora nadzoru osobę, która daną funkcję pełniła przez cały okres realizacji zadania, to przy określaniu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu powinien być bardziej precyzyjny i takie wymagania wyrazić wprost w siwz, czego nie uczynił. Co więcej wątpliwa jest również taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu, prezentowana w toku rozprawy przez Izbę, iż koniecznym było wskazanie osoby, która pełniła funkcję inspektora nadzoru od początku do końca zadania, włącznie z jego rozliczeniem. Przy takim rozumieniu warunku nawet wskazanie na stanowisko inspektora nadzoru osoby, która pełniła funkcję inspektora nadzoru na wymienionym przez Odwołującego zadaniu po panu S..... B. oznaczałoby niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ osoba ta nie wykonywałaby powierzonych jej funkcji przez pierwszych 18 dni realizacji zamówienia. Taka interpretacja nie odpowiadałaby jakimkolwiek zasadom prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji”.



Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....