

**Sygn. akt: KIO 139/16**

**WYROK**  
**z dnia 15 lutego 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2016 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 lutego 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław i:
  - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10. 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław przez tytułem wpisu od odwołania ;
  - 2.2.** zasądza od SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław na rzecz zamawiającego Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław kwotę na 3.960, 60 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych, sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego oraz uzasadnionych kosztów dojazdu pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław, dalej zwane także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na udzielenie zamówienia pn.: „Zagospodarowanie rejonu Parku Tysiąclecia od strony ul. Sukielickiej we Wrocławiu wraz z budową infrastruktury sportowej w ramach Word Games 2017”.

W dniu 28 stycznia 2016 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Berger-Bau Polska Sp. z o.o., oraz podjął czynność wykluczenia z postępowania wykonawcy SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław. Wykonawca ten w dniu 2 lutego 2016 roku wniósł od tej czynności Zamawiającego, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp - poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 28.01.2016 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz nakazanie przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert.

Uzasadniając powyższe podał, że w części 9.1.2.1 IDW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym Kierownika budowy, zobowiązując ubiegających się o zamówienie wykonawców do wskazania osoby posiadającą min. 3 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót podczas realizacji robót drogowych. Ponadto w ramach posiadanego doświadczenia wymagał, aby wskazana osoba posiadała doświadczenia w realizacji co najmniej jednego zadania polegającego na wykonaniu nawierzchni bitumicznej o powierzchni nie mniejszej niż 1000 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą (minimum 2 branże spośród następujących: kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna, ogólnospławna, sieć wodociągowa, elektroenergetyczna, oświetlenie drogowe lub sieć telekomunikacyjna). Dodatkowo w treści niniejszego warunku określił również m.in. sposób wykazania posiadanego doświadczenia oczekując, że doświadczenie wykonawca wykaże wpisując *od miesiąc, rok- miesiąc, rok*. Ponadto dopuścił możliwość sumowania doświadczenia z różnych okresów i z różnych zadań, natomiast okres 3 lat doświadczenia musiał być okresem kalendarzowym.

W złożonej ofercie Odwołujący potwierdził, że zaproponowany na stanowisko Kierownika budowy pan A.K. posiada 18 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Tak więc zgodnie z wymogiem SIWZ potwierdzone zostało według Odwołującego min 3 letnie doświadczenie wskazanej osoby, poprzez wskazanie okresu kalendarzowego - roku. Wykazane w treści wykazu doświadczenie wielokrotnie przewyższyło minimalne wymagane przez Zamawiającego - 3 lata doświadczenia. Odwołujący wskazał, że okres kalendarzowy to rok, kwartał, miesiąc, tak więc jeśli Zamawiający żądał posiadania doświadczenia w latach, a jednocześnie okres 3 lat odniósł do okresu kalendarzowego to zupełnie niezrozumiałym jest nieuznanie oświadczenia wykonawcy o posiadaniu 18 letniego okresu posiadanego doświadczenia.

Za nieuzasadnione zdaniem Odwołującego uznać należy stanowisko Zamawiającego, że wykonawca wpisując jedynie przykładowe realizacje celem wykazania pozostałych szczegółowo określonych wymagań w zakresie rodzaju realizowanych inwestycji udowodnił jedynie 34 miesięczne doświadczenie. Natomiast według Odwołującego Saltex udowodnił posiadanie przez pana A.K. doświadczenia w ilości co najmniej 42 miesięcy, mając jedynie na uwadze te przykładowe realizacje, które zostały wskazane na potwierdzenie innych - szczegółowych wymogów posiadanego doświadczenia. W uzupełnionym wykazie zostały wskazane: okres od 09.2012 do 05.2014 - a więc 21 miesięcy Okres od 10.2013 do 09.2014 - a więc 11 miesięcy Okres od 08.2010 do 04.2011 a więc 5 miesięcy Łączna daje to 42 miesiące.

Podał, że wbrew stanowisku Zamawiającego SIWZ dopuszczała sumowanie doświadczeń z różnych okresów i różnych zadań. Brak było postanowienia o zakazie łączenia doświadczenia z różnych realizacji, tym samym nie jest prawdziwe twierdzenie, że wymagane minimalne doświadczenie nie zostało wykazane.

Również za nieuprawnione należało według Odwołującego uznać stanowisko Zamawiającego w zakresie braku posiadania doświadczenia w realizacji infrastruktury towarzyszącej wymaganej w SIWZ. W wykazie zostały przedstawione realizacje w których wpisano, że w ramach prowadzonych budów realizowana była infrastruktura towarzysząca. Okoliczność, że Zamawiający nie posiadał szczegółowej wiedzy na temat jaka infrastruktura towarzysząca (nie zostało to szczegółowo wymienione) została wykonana nie powoduje, że Zamawiający nie kwestionuje istnienia infrastruktury towarzyszącej.

Tak więc jeśli brak jest jedynie dookreślenia rodzaju, a co do zasady istnieje oświadczenie o tym, że realizacja spełnia wymagany warunek to Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie

Podkreślił, że okoliczność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 Pzp nie niweczy prawa do składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Przepis art. 26 ust. 4 Pzp jest bowiem przepisem obligatoryjnym, a poprzez to nawet złożenie przez

wykonawcę formalnie poprawnego oświadczenia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku jego zbadania. Przeciwnie, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający ma obowiązek rozwiać wątpliwości, jakie nasuwają się w związku ze złożonymi mu dokumentami czy oświadczeniami. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ocena warunków odbywa się rzeczywiście z uwzględnieniem składanych przez wykonawców dokumentów i oświadczeń wymaganych w SIWZ, ale równocześnie z uwzględnieniem zasad wiedzy i doświadczenia Zamawiającego. Dlatego Zamawiający nie mając pewności co do spełnienia warunków przez wykonawcę powinien zastosować procedurę wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania oraz wskazał, że odnosząc się do zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, to postawiony zarzut jest niezasadny, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że Zamawiający jasno sprecyzował w punkcie 9.3.2. IDW jaki dokument wykonawca zobowiązany był przedłożyć w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika budowy. Dokumentem tym był wykaz sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW. W odpowiedzi na tak postawiony warunek Odwołujący podał tylko, poprzez złożenie oświadczenia, że rekomendowana osoba posiada on 18-letnie doświadczenie. Natomiast Zamawiający co wynika z ww. postanowień zobligował Wykonawców do złożenia oświadczenia sformułowanego w inny sposób, to jest poprzez wskazanie w jakich dokładnie okresach określonych z miesiąca i roku oraz w ramach jakich dokładnie inwestycji były pełnione wymagane funkcje.

W takiej formie jak została określona przez Zamawiającego wykonawca wykazał jedynie 34 miesiące zamiast wymaganych 36 miesięcy doświadczenia Pana A.K., a więc jedynie ten okres czasu Zamawiający mógł uznać dla potrzeb oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie spełnia warunków stawianych przez Zamawiającego co do rodzaju dokumentów samo tylko oświadczenie o posiadanym 18 letnim doświadczeniu przez ww. osobę.

Równocześnie potwierdził, że Zamawiający dopuścił sumowanie różnych okresów z różnych zadań, ale też jasno wskazał w pkt 9.1.2.1.1DW, że okres 3 lat doświadczenia musi być okresem kalendarzowym. To ten właśnie zapis stanowi o zakazie łączenia doświadczenia z realizacji wykonywanych w tym samym czasie i jest to zapis zdaniem Zamawiającego zrozumiały, bez konieczności dokonywania jego interpretacji. Wobec takiej sytuacji Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakujących w wykazie danych zwracając uwagę na wymóg, aby doświadczenie kierownika budowy obejmowało wykonanie co najmniej jednej nawierzchni bitumicznej o powierzchni min. 1000 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Wskazano również, że ta infrastruktura towarzysząca to minimum dwa

rodzaje spośród wymienionych przez Zamawiającego siedmiu rodzajów robót. Skoro to rolą Wykonawcy było wykazanie, że spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego, to winien on tak opisać doświadczenie potencjału kadrowego, aby z niego wynikało spełnianie warunków stawianych przez Zamawiającego. Wymóg taki nie został spełniony, gdyż dokonany przez wykonawcę w ofercie i w uzupełnieniu w odniesieniu do kierownika budowy opis, nie mówi o spornej infrastrukturze towarzyszącej. W dokumentach uzupełnionych jest mowa wyłącznie o infrastrukturze towarzyszącej bez wskazania jakie dwa z siedmiu wskazanych przez Zamawiającego jej rodzajów były wykonywane.

Odwołujący wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wykazu zawartego w ofercie także w zakresie doświadczenia tego doświadczenia nie opisał, lecz nadal oświadczył tylko, że wskazana osoba posiada 18 letnie doświadczenie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie..**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie stwierdzić także należy, że postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych. Tym samym przedmiotem odwołania i rozstrzygnięcia przez Izbę mogą być tylko zarzuty wynikające z czynności Zamawiającego objęte przepisem art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że wskazany w pismach procesowych stron, stan faktyczny sprawy był niesporny. W tym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców między innymi wykazania dysponowaniem osobą, posiadającą uprawnienia i doświadczenie do pełnienia funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót podczas realizacji robót drogowych.

Analizując postawione w SIWZ wymagania, że osoba wskazana na to stanowisko winna spełniać cztery warunki:

- 1) posiadać stosowne uprawnienia budowlane
- 2) posiadać co najmniej trzy letnie doświadczenie jako kierownik budowy lub kierownik robót
- 3) powyższe doświadczenie winno obejmować wykonanie co najmniej jednej nawierzchni bitumicznej o pow. min 1000 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą

- 4) powyższa infrastruktura towarzysząca winna obejmować co najmniej dwa rodzaje spośród siedmiu wymienionych w IDW.

Oceniając przedłożony w raz z ofertą wykaz, a także uzupełnienie złożone w wyniku odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp wykonawca podał i zdaniem Zamawiającego bezspornie wykazał, że wskazana osoba A.K. niewątpliwie spełniła warunek dotyczący: posiadania uprawnień do pełnienia funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót oraz wykonania co najmniej jednej nawierzchni bitumicznej o pow. min 1000 m<sup>2</sup>. Natomiast nie zostało wykazane trzyletnie doświadczenie oraz nie podano z konkretnej nazwy, rodzaju wykonanych robót towarzyszących przy wykonywaniu nawierzchni bitumicznej.

Izba stwierdza, że nie jest możliwe uznanie spełniania tego warunku tylko poprzez złożenie samego oświadczenia, iż dana osoba ma określoną ilość lat doświadczenia bez szczegółowego wykazania go - jak tego oczekiwał Zamawiający. Podobny wniosek wypływa z wyroku z 15 czerwca 2010 roku sygn. KIO 1045/10 iż generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień SIWZ i spełnianiu warunków udziału, nie zastępuje potrzeby podania wymaganych szczegółowych danych, celem umożliwienia Zamawiającemu ich weryfikacji.

Przy ocenie zwrócić należało uwagę na fakt, że Odwołujący w wykazie złożonym wraz z oferta wskazał tylko na posiadanie 18 letniego doświadczenia pana A.K. oraz na ogólne wskazanie wykonywania robót towarzyszących. Zamawiający w piśmie z dnia 08.01.2016 roku wezwał wykonawcę „do uzupełnienia doświadczenia Pana A.K. w zakresie 3-let doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót podczas realizacji robót drogowych, w tym podczas realizacji co najmniej jednego zadania polegającego na wykonaniu nawierzchni bitumicznej o powierzchni nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą (minimum 2 branże spośród następujących: kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna, ogólnospławna, sieć wodociągowa, elektroenergetyczna, oświetlenie drogowe lub sieć telekomunikacyjna) prosimy o wskazanie okresu,... Niewątpliwym jest także, że Zamawiający wymagał w tym zakresie podania okresu kalendarzowego pełnienia funkcji kierownika, co jednoznacznie wynikało z Tabeli zawartej we wzorze stanowiącym Załącznik nr 3 do IDW, gdzie w kolumnie „Doświadczenie” wskazano iż: „Należy określić dla osoby wymienionej w pkt: okres (od mm-rr do mm-rr) pełnienia funkcji, pełnioną funkcję (rodzaj), tj. zakres wykonywanych czynności, przedmiot i nazwę inwestycji/zadania.”

W wykonaniu tego wezwania Odwołujący powtórzył ogólne oświadczenie, że wskazana osoba dysponuje 18 letni doświadczeniem oraz nie wskazał z nazwy rodzaju wykonywania robót towarzyszących przy kładzeniu nawierzchni bitumicznej.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że z faktu posiadania przez A.K. siedemnastoletniego okresu określonych uprawnień, nie można utożsamiać z okresem nabytego doświadczenia. Doświadczenie nabywa się nie poprzez posiadanie określonych uprawnień, lecz poprzez wykonywanie czynności z nich wynikających, które należy wykazać.

Niewątpliwym jest, że Zamawiający „próbował” ratować tą ofertę starając się wywieść niezbędny okres doświadczenia wskazanej osoby z podanego wg okresu kalendarzowego (*od mm-rr do mm-rr*) kierowania robotami przy kładzeniu nawierzchni bitumicznej. Jednakże z sumy tych okresów możliwe było wywiedzenie tylko posiadanie 34 miesięcznego doświadczenia. Odwołujący podnosił, że okres ten wynosi 42 miesiące, co nie jest zgodne z prawdą, gdyż niektóre zadania wykonywane były w tej samej dacie. W tym zakresie Izba stwierdza, że nie jest dopuszczalne dla ustalenia okresu doświadczenia sumowanie robót wykonywanych w tym samym okresie kalendarzowym. Inne podejście tworzyłoby fikcję umożliwiającą np. osobie która w ciągu roku – 12 miesięcy, równocześnie kieruje trzema robotami, nabycia doświadczenia w wymiarze 36 miesięcy.

Podobna sytuacja zaistniała przy wykazaniu doświadczenia w kierowaniu robotami kładzenia nawierzchni bitumicznej o pow. min 1000 m<sup>2</sup>. Otóż Odwołujący wskazał takie roboty, lecz nie wskazał jakie roboty towarzyszące były wykonywane. Wynika to z treści samego odwołania, gdzie Odwołujący stwierdził, że *„Zamawiający nie posiadał szczegółowej wiedzy na temat jaka infrastruktura towarzysząca (nie zostało to szczegółowo wymienione) została wykonana...”*

Zamawiający wzywał Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w ww. zakresie. Zdaniem Izby wezwania te były sporządzone w sposób prawidłowy, gdyż precyzyjnie i jednoznacznie wskazywały jakich uzupełnień i w jakim zakresie Zamawiający oczekuje od wykonawcy – Odwołującego. Tym samym ponowne wezwanie było niedopuszczalne. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że w sytuacji kiedy wykonawca zostaje wezwany do uzupełnienia dokumentów oferty, to powinien uzupełnienie wykonać w sposób pełny. Brak w ofercie i w uzupełnieniu oferty wszystkich robót w oparciu o które Zamawiający może stwierdzić spełnienie warunku udziału nie może być uzupełniony po upływie terminu wskazanego w wezwaniu. Uzupełnienie to nie może przybrać także formy wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust.4 Pzp. Wszelkie ewentualne dodatkowe informacje przekazane Zamawiającemu nie mogą mieć charakteru dokumentu uzupełniającego wykaz, gdyż następowałoby to z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wobec tego wykluczenie Odwołującego z postępowania było zasadne.

Podniesiony zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 3 Pzp nie mógł zostać uwzględniony gdyż Odwołujący nie wskazał na czym to naruszenie miałyby rzeczywiście polegać.



Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....