

**Sygn. akt KIO/1392/10**

**WYROK**

**z dnia 14 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący**

**Emil Kuriata**

Protokolant:

Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** od czynności zamawiającego **Miasto Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WAKOZ sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL – ZW sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 3; 84-242 Luzino** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiące kwotę z tytułu wpisu od odwołania uiszczonego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II 6; 41-709 Ruda Śląska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowa odcinka trasy N- S od ulicy 1 Maja do Drogowej Trasy Średnicowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym z ul. 1 Maja”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 kwietnia 2010 r. pod numerem 2010/S 65-097046.

Dnia 25 czerwca 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została złożona oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WAKOZ sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL – ZW sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 3; 84-242 Luzino (zwane dalej „konsorcjum Wakoz”).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zajęczka 9 (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 2 lipca 2010 roku, wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż po zapoznaniu się z treścią oferty konsorcjum Wakoz, treścią protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz po uzyskaniu dodatkowych informacji ustalił, iż konsorcjum Wakoz podało w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co w konsekwencji powoduje, że winno być wykluczone a jego oferta odrzucona.

W ocenie Odwołującego ww. rozstrzygnięcie narusza art. 24 ust. 2 pkt. 3), art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu,

- 3) wykluczenie konsorcjum Wakoz z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- 4) wybór oferty Skanska jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp oferta Odwołującego, która jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustawy Pzp, nie została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Naruszenia te spowodowały, iż Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniają wskazał, iż z treści oferty złożonej przez konsorcjum Wakoz wynika, że na potwierdzenie spełnienia ww. warunku w zakresie potencjału kadrowego, Konsorcjum przedłożyło wypełniony Formularz 3.2, w którym - jako kierownika budowy - wskazało Pana Bogusława B., posiadającego uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.. Równocześnie Konsorcjum złożyło oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z ustaleniami dokonany przez Odwołującego się informacje podane w powołanych wyżej dokumentach są niezgodne ze stanem faktycznym w zakresie pełnienia przez Pana B., funkcji kierownika budowy w latach 04.01.1999 - 31.03.2002r; 02.04.2002r-30.09.2003r. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący, do odwołania załączył oświadczenie Pana Wojciecha L., pismo NCC Polska spółka z o.o. z dnia 10.06.2010 r. oraz pismo Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad nr GDDKiA-O/KA/R-1/A-4/B-M/4100/1309/10 z dnia 24.06.2010 r.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie dysponowało na dzień złożenia oferty wymaganym przez Zamawiającego potencjałem kadrowym - kierownikiem budowy spełniającym warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Pan B. nie wykazał że posiada minimalne doświadczenie na danym stanowisku przez co Zamawiający rozumiał lata przepracowane na stanowisku jak proponowane. Wymagany okres 5 i 3 lata, posiadany przez Pana B. - osobę wskazaną przez Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia warunku, to okres jedynie 6 miesięcy.

Zamawiający dopuścił zgodnie z treścią punktu 6.4 s.i.w.z., że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotów

do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku konsorcjum Wakoz złożyło oświadczenie - Zobowiązanie do udostępnienia zasobów na okres realizacji inwestycji złożone przez firmę Drogbud Podkarpacki Holding Budowy Dróg spółka z o.o.

Po wezwaniu do wyjaśnień, przez Zamawiającego pismem z dnia 10 czerwca 2010r, Konsorcjum złożyło nowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów - strona 069 uzupełnienie do oferty konsorcjum złożone Zamawiającemu w dniu 15.06.2010 r. (pismo z dnia 11.05.2010r podpisane przez Prezesa Zarządu Grzegorza W.).

Zestawienie powołanych wyżej dokumentów, ich porównanie pozwala na stwierdzenie, że zobowiązanie do współpracy złożone w dniu 11.05.2010 r. (str. 112 oferty konsorcjum) nie było złożone skutecznie ponieważ nie złożone przez osobę wskazaną w piśmie jako składającą przedmiotowe oświadczenie woli w imieniu spółki „Drogbud” - Grzegorza P.

W ocenie Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, iż Konsorcjum:

- 1) nie wykazało spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu -dysponowania kierownikiem budowy, spełniającym wymagania w zakresie minimalnego wymaganego SIWZ doświadczenia;
- 2) złożyło w swej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wykazanej jako kierownika budowy.
- 3) nie dysponowało potencjałem, zasobami wymaganymi zgodnie ze specyfikacją.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 2 lipca 2010 roku.

Zamawiający dnia 5 lipca 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 8 lipca 2010 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego przystąpiło konsorcjum Wakoz.

Zamawiający odpowiedzi na odwołanie, nie wniósł.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WAKOZ sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL – ZW sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 3; 84-242 Luzino do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia Pana Bogusława B., Izba stwierdziła ich bezzasadność.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 6.2.2 postawił warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w ten sposób, iż wykonawca musi mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca miał obowiązek przedstawienia w ofercie kandydatów na każde stanowisko wymienione w tabeli ze strony 10 s.i.w.z.

Przez minimalne doświadczenie w realizacji podobnych robót (kolumna Nr 4) dla stanowisk wymienionych w poz. 1 – 5 tabeli (Dyrektora Kontraktu (Przedstawiciela wykonawcy), Kierownika budowy, Zastępcy Kierownika budowy, Kierownika robót drogowych, Kierownika robót mostowych) Zamawiający będzie rozumiał staż pracy na stanowisku kierowniczym lub samodzielnym przy budowie/przebudowie dróg klasy minimum GP lub obiektów mostowych, leżących w ciągu tych dróg.

Natomiast przez minimalne doświadczenie na danym stanowisku (kolumna Nr 5) Zamawiający będzie rozumiał lata przepracowane na stanowisku jak proponowane, z tym, że

w zakresie poz. 2 – 5 musi ono dotyczyć realizacji polegających na budowie/przebudowie dróg klasy, co najmniej GP lub obiektów mostowych leżących w ciągach tych dróg

Przystępujący, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zaproponował osobę Pana Bogusława B., co znalazło swoje odzwierciedlenie na stronach 116 i 117 złożonej oferty. Osoba ta została wskazana przez Przystępującego na stanowisko Kierownika budowy.

Odwołujący podważył doświadczenie w/w osoby, gdyż w jego opinii Pan B. B. nie legitymuje się stosownym doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy. Odwołujący podważył dwie inwestycje, wskazane przez Przystępującego, tj.

- 1) budowę autostrady A2 „Nowy Tomyśl – Komorniki”, km 107+900 do km 158+300,
- 2) budowę autostrady A4 „Węzeł Batory – Węzeł Mikołowska”, km 333+600 do km 335+872.

W ocenie Izby wykładnia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie w jakim na rozprawie przedstawił Odwołujący jest błędna, gdyż Zamawiający w odniesieniu do doświadczenia na stanowisku, jak proponowane nie żądał legitymowania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika budowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 roku Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), a jedynie doświadczenia - lata przepracowane na stanowisku jak proponowane, tj. Kierownika budowy.

Nadinterpretacja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie prowadziłyby do naruszenia zasady określonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy pozostający w zaufaniu do Zamawiającego, iż będzie interpretował postanowienia w niej zawarte w sposób literalny, nie mogą następnie być traktowani „ułamnie”, a co za tym idzie ponosić negatywne konsekwencje działań Zamawiającego dokonywanych przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba oceniając powyższe, popiera stanowisko Zamawiającego, wyrażone na rozprawie, iż ocena dokonywana przy uwzględnieniu interpretacji Odwołującego prowadziłyby do rażącego naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców, dlatego też nie może się ostać.

Izba uznała za nieudowodnione stanowisko Odwołującego w zakresie braku doświadczenia Pana B. B. na projekcie dotyczącym budowy autostrady A4.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, iż pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 24 czerwca 2010 roku znak: GDDKiA-O/KA/R-1/A-4/B-M/4100/1309/10

nie precyzuje w sposób jednoznaczny, ani nie wyłącza możliwości faktycznego uczestniczenia Pana B. B. na stanowisku Kierownika budowy na w/w projekcie.

Powyższe potwierdzone zostało również dowodem zgłoszonym przez Przystępującego, tj. oświadczeniami złożonymi przez Panią Annę P.-S. oraz Pana Wiesława T. – osób wyszczególnionych w w/w piśmie GDDKiA jako kierowników budowy, w których to oświadczeniach osoby te oświadczyły, iż Pan B. B. był kierownikiem budowy w okresie od 4 stycznia 1999 roku do 31 marca 2002 roku na zadaniu „Autostrada A4 „Węzeł Batory – Węzeł Mikołowska”. Oświadczeniom tym Odwołujący nie zaprzeczył, dowodu przeciwnego nie powołał.

W zakresie zarzutu braku doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika budowy na kontrakcie dotyczącym budowy autostrady A2 „Nowy Tomyśl – Komorniki” Izba stwierdziła, iż zarzut powyższy jest bezzasadny.

Odwołujący powołując własną interpretację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozszerzył wymaganie stawiane wykonawcom w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (powyższe, analogicznie zastosował Odwołujący przy ocenie w/w inwestycji do dotyczącej budowy autostrady A4). Izba podtrzymuje, iż literalne brzmienie s.i.w.z. wskazuje na fakt, iż wykonawcy mieli obowiązek udowodnić doświadczenie osoby wskazanej na dane stanowisko - przez przepracowanie na stanowisku jak proponowane określonego okresu czasu – 3 lat dla kierownika budowy. W żadnym przypadku nie można interpretować powyższego postanowienia rozszerzająco – jako 3 lat w pełnieniu funkcji kierownika robót.

Tym samym doświadczenie Pana B. B. na stanowisku Kierownika budowy, wykazane na inwestycji – budowa autostrady A2 Nowy Tomyśl – Komorniki uznać należy za prawidłowe. Powyższe, potwierdzone zostało dowodem zgłoszonym przez Przystępującego w postaci umów o pracę (z dnia 3 kwietnia 2002 roku i 1 lipca 2002 roku) zawartych pomiędzy NCC Polska sp. z o.o., a Panem B. B., w których pracodawca zatrudnia a pracownik wyraża zgodę na zatrudnienie na stanowisku Kierownika budowy.

Dodatkowo, powyższe potwierdza oświadczenie złożone przez Pana Dariusza Ł., w którym stwierdził, iż pełniąc funkcję Zastępcy Dyrektora Kontraktu na zadaniu „Budowa płatnej autostrady A2 Komorniki – Nowy Tomyśl” potwierdza, iż Pan B. Burda był Kierownikiem budowy w okresie od 2 kwietnia 2002 roku do 30 września 2003 roku na w/w kontrakcie – dowód zgłoszony przez Przystępującego.

Dowód zgłoszony przez Odwołującego w postaci oświadczenia Pana Torbjorna N. z dnia 9 lipca 2010 roku poświadczają, że Pan B. B. nie pełnił funkcji Kierownika budowy w



rozumieniu zapisów ustawy – Prawo budowlane, dlatego też w ocenie Izby nie może być wzięty z pod uwagę, gdyż odnosi się do innego zakresu niż zakres opisany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnoszą się do zarzutu dotyczącego nieskutecznego złożenia oświadczenia – Zobowiązania do udostępnienia zasobów na okres realizacji inwestycji z uwagi na fakt, iż nie złożone zostało przez osobę wskazaną w piśmie, jako składającą przedmiotowe oświadczenie w imieniu spółki Drogbud – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Faktem jest, że Przystępujący do oferty załączył Zobowiązanie z dnia 11 maja 2010 roku w następującej treści: „*Ja, niżej podpisany, Grzegorz Piątkowski działający w imieniu i na rzecz Drogbud Podkarpacki Holding Budowy Dróg sp. z o.o. (...) zobowiązuje się do udostępnienia firmie Wakoz sp. z o.o. z siedzibą w Luzinie na czas realizacji zamówienia osoby – tj. mgr inż. Grzegorz Piątkowski do realizacji zamówienia publicznego (...)*”. Zobowiązanie powyższe podpisał Pan Grzegorz W.

Stwierdzić należy, iż Pan Grzegorz W., podobnie jak Pan Grzegorz P. uprawnieni byli do składania powyższego zobowiązania.

Izba, za prawidłowe uznała działanie Zamawiającego, który otrzymując powyższe oświadczenie wezwał wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Rozbieżność między wskazaniem osoby składającej oświadczenie i osobą, która faktycznie oświadczenie złożyła składając pod nim swój podpis (nie ukrywając swojej tożsamości ani nie podszywając się pod nikogo), miało charakter omyłki i nie może być traktowane, jako nieprawdziwa informacja.

W powyższym względzie Przystępujący potwierdził twierdzenie o omyłce dotyczącej złożenia niewłaściwego oświadczenia, gdyż na rozprawie przyznał, iż Zobowiązanie o treści jw. przygotowywane było dla dwóch osób jednocześnie i omyłkowo podpisał obydwie oświadczenia Pan Grzegorz W., a osoba składająca ofertę nie zauważyła powyższej omyłki. Na uwagę zasługuje również fakt, iż oświadczenie właściwie podpisane, na wezwanie Zamawiającego złożone zostało również z datą 11 maja 2010 roku.

Dowodu przeciwnego Odwołujący nie zgłosił.

Izba stwierdziła, że oświadczenie pana Wojciecha L. zgłoszone przez Odwołującego jako dowód nr 3, nie może stanowić wiarygodnego dowodu, gdyż nie jest wiadomym, jaką funkcję pełnił pan L. w firmie NCC, które upoważniałoby do złożenia takiego oświadczenia. Poza tym, sformułowania użyte w tym oświadczeniu: „*wg informacji jaką posiadam*” czy też „*wg mojej wiedzy*”, nie wykluczają możliwości pełnienia określonych funkcji przez Pana B. B.

Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, a których wywodzą skutki prawne. Odwołujący, do zamknięcia rozprawy nie wskazał żadnego dowodu, który potwierdzałby słusność stawianych zarzutów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba, stwierdzając powyższe popiera stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyrokach o sygn. akt KIO/UZP 814/08, gdzie składy orzekające orzekły, *„Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że Wykonawca w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości określonych danych (działał w dobrej wierze), to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Takie działanie bowiem nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Taka sytuacja jest bowiem całkowicie niezależna od woli i działań Wykonawcy”* oraz KIO/UZP 278/09 *„W ocenie składu orzekającego Izby informacje nieprawdziwe w rozumieniu powołanego przepisu są to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Zdaniem Izby cechuje je umyślność i cel, jakim jest świadome wprowadzenie w błąd adresata informacji, którym jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający. W kategoriach prawa cywilnego, mającego w postępowaniu na mocy art. 14 ustawy Pzp zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu lub niedbalstwa”*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....