

Sygn. akt: KIO/1675/10

Sygn. akt: KIO/1676/10

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2010 r. do łącznego rozpoznania

wniesionych przez:

- A. Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (sygn. akt KIO 1675/10).**
- B. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (sygn. akt. KIO 1676/10).**

od czynności Zamawiającego **Uniwersytetu Warszawskiego, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1675/10 oraz 1676/10 po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1676/10 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **MIRBUD S.A.** oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice,**
 - B. koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** na rzecz **Katowickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** na rzecz **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Warszawie**.

Skład orzekający Izby:

.....

Sygn. akt: KIO/1675/10

Sygn. akt: KIO/1676/10

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Uniwersytet Warszawski – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy I etapu obiektu naukowo-badawczego UW CENT III przewidzianego do realizacji w ramach projektu pn. „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego – Kampus Ochota (CENT III)” przy ul. Pogorzelskiego w Warszawie.*

W dniu 27 lipca 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A.

1. Sygn. akt: KIO/1675/10

W dniu 6 sierpnia 2010 r. wykonawca – Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. wniósł odwołanie dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., mimo że wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust.4 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mostostal Warszawa S.A., mimo że wykonawca ten, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełnił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wymaganiem Zamawiającego było, aby osoba, która będzie pełnił funkcję kierownika robót, posiadała 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych oraz w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

W wykazie dołączonym do oferty wykonawca Mostostal Warszawa S.A. nie zamieścił wymaganych informacji dotyczących daty wydania uprawnień budowlanych pana Zbigniewa

B., co uniemożliwiło zweryfikowanie okresu doświadczenia zawodowego tej osoby na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedstawił nowy wykaz, w którym jako datę nadania uprawnień budowlanych dla pana Zbigniewa B. wskazał 26 maja 1999 r. Tymczasem do wymaganego okresu doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót wliczono doświadczenie już od grudnia 1997 r., kiedy to pan Zbigniew B. nie mógł pełnić funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, gdyż nie posiadał jeszcze stosownych uprawnień.

Odwołujący podniósł, że kierownik budowy lub kierownik robót to samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu art. 12 ustawy Prawo budowlane, którą mogą wykonywać wyłącznie osoby spełniające warunki wymagane dla wydania uprawnień do pełnienia określonego rodzaju samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że doświadczenie od grudnia 1997 r. do czerwca 1998 r. (Budynek Urzędu Miasta Radymno) oraz od lipca 1998 r. do maja 1999 r. – Budynek Szkoły Podstawowej w Radymnie nie może być zaliczone do wymaganego okresu doświadczenia zawodowego, ponieważ wówczas osoba ta nie mogła pełnić funkcji kierownika budowy lub kierownika robót. W ocenie Odwołującego, doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót wynosi 57 miesięcy, a nie – jak wymagał Zamawiający – 60 miesięcy, co oznacza, że Mostostal Warszawa S.A. nie wykazał spełniania warunku, o którym mowa w § 4 pkt. 1.3.4. b SIWZ, a zatem podlegał wykluczeniu z postępowania.

W dniu 12 sierpnia 2010 r. Mostostal Warszawa S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że uzupełniając na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazał, że pan Zbigniew B. posiada 10-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót elektrycznych na budowach wyszczególnionych w wykazie zrealizowanych w latach 1999 – 2009, kiedy legitymował się posiadaniem odpowiednich uprawnień do pełnienia tej funkcji.

Zdaniem Przystępującego, 5-letnie doświadczenie kierownika robót powinno być liczone jako okres, w którym osoba ta pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na poszczególnych budowach – czyli np. w przeciągu ostatnich 10 lat była regularnie np. 10 razy kierownikiem budowy. Poprzez fakt pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych w latach od 1999 do 2009 pan Zbigniew B. nabył – zdaniem Przystępującego – 10-letnie doświadczenie, czyli znacznie większe od wymaganego przez Zamawiającego. Ponadto Przystępujący wskazał, że nawet uwzględniając doświadczenie p. B. liczone od maja 1999 roku, zatem – po 26.05.1999 r. jako dacie wydania uprawnień – należałoby uwzględnić 64

miesiące doświadczenia, co w pełni potwierdza spełnienie wymogu co najmniej 5-letniego doświadczenia.

Przystępujący podniósł również, że nie ma powodu, aby negować doświadczenie pana Zbigniewa B. z lat 1997 – 1998, tj. przed nabyciem uprawnień budowlanych, których posiadanie wykazał w ofercie Przystępujący. Zamawiający nie żądał udowodnienia, czy osoba wskazywana w ofercie miała uprawnienia do wykonywania funkcji kierownika w okresie, który wskazuje na potwierdzenie doświadczenia, toteż Przystępujący ich nie złożył. Nie można – zdaniem Przystępującego – wyciągać wniosków dla niego niekorzystnych z zachowania zgodnego z oczekiwaniem Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę. Ponadto Izba stwierdziła, że wykonawca Mostostal Warszawa S.A. – który w ustawowym terminie zgłosił przystąpienie do postępowania – posiada interes prawny w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego (ze względu na fakt, że odwołanie kwestionuje prawidłowość wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej) i dopuściła ww. Wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z SIWZ wykonawca miał obowiązek zapewnić do realizacji zamówienia minimum jedną osobę pełniącą funkcję kierownika robót, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych oraz w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. nr 83, poz. 578) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Osoba ta, zgodnie z wymaganiami SIWZ powinna mieć co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia

niezbędnych do realizacji zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (Formularz nr 4).

W wykazie załączonym do oferty Mostostal Warszawa S.A. wskazał jako osobę przewidzianą do pełnienia ww. funkcji pana Zbigniewa Buczko, nie podając jednak daty wydania uprawnień, w związku z czym został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia tej informacji. Z uzupełnionego wykazu wynika, że ww. osoba uzyskała uprawnienia budowlane 26 maja 1999 r.

Izba ustaliła, że suma okresów trwania poszczególnych robót przedstawionych w wykazie wynosi 81 miesięcy, z czego 18 miesięcy dotyczy robót realizowanych przed datą wydania uprawnień.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że podane w wykazie roboty realizowane przed dniem wydania uprawnień nie mogą być zaliczone do okresu doświadczenia. Zamawiający wymagał bowiem wykazania doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, a funkcje te – zgodnie z przepisem art. 12 ust. 2 ustawy Prawo budowlane – mogą być pełnione wyłącznie przez osoby posiadające uprawnienia. Zatem pan Zbigniew B. nie mógł być kierownikiem robót realizowanych od grudnia 1997 r. do czerwca 1998 r. oraz od lipca 1998 r. do maja 1999 r., a co za tym idzie – okres ich realizacji (18 miesięcy) nie może być wliczony do okresu doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

W ocenie Izby bezpodstawną jest teza Przystępującego, jakoby nawet przy nieuwzględnieniu doświadczenia sprzed wydania uprawnień, okres doświadczenia był znacznie dłuższy niż wymagał Zamawiający i wynosił 10 lat, ponieważ od 1999 r. do 2009 r. pan Zbigniew B. regularnie pełnił funkcję kierownika robót na różnych budowach. Brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjmowania ciągłości okresu doświadczenia, bez odliczania przerw między realizacją poszczególnych zadań. Jak twierdził sam Przystępujący, sposób obliczania okresu doświadczenia dla potrzeb postępowań o zamówienia publiczne nie jest uregulowany, nie uprawnia to jednak do tak dowolnego jego ustalania. Przy obliczaniu okresu doświadczenia należy kierować się wymaganiami Zamawiającego i celem, jakiemu one służą. Zamawiający wyraźnie żądał od wykonawców podania okresów faktycznego pełnienia funkcji kierownika robót, co wynika z wzoru wykazu stanowiącego załącznik do SIWZ. W kolumnie 4 należało podać – zgodnie z tym wzorem – *doświadczenie (zakres + zadania + termin od –do)*. Zatem wolą Zamawiającego było uzyskanie informacji o czasie trwania poszczególnych robót, przy których pracowały osoby wskazane w wykazie i nie ma wątpliwości, że tylko ten okres powinien być brany pod uwagę jako wymagane doświadczenie. Należy ponadto zwrócić uwagę, że celem określenia warunku dotyczącego

doświadczenia osób, które mają brać udział w realizacji zamówienia jest zapewnienie, że mają one na tyle duże doświadczenie, iż należycie zrealizują roboty. Istotne jest zatem, jak długo osoby te faktycznie pełniły określone funkcje.

Odmierna interpretacja, zgodnie z którą wystarczy wykazać regularne pełnienie funkcji w danym okresie, bez względu na faktyczny czas trwania, nie ma oparcia ani w przepisach prawa ani w racjonalności i celowości działań Zamawiającego. Ponadto prowadziłyby do niedopuszczalnej uznaniowości przy ocenie tego, jaka częstotliwość pełnienia funkcji może być uznana za „regularność”, a jaka nie, co byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

W przypadku robót wykonanych przez pana Zbigniewa Bucz. nie była zachowana ich ciągłość – między zakończeniem robót dotyczących Zespołu Pałacowo-Parkowego w Sieniawie a rozpoczęciem robót dotyczących Galerii Handlowej Plaza w Lublinie upłynęło prawie 6 lat. Jednoznacznie należy więc stwierdzić, iż nieuprawnione byłoby przyjęcie, że ww. osoba legitymuje się 10-letnim doświadczeniem.

Następnie Izba ustaliła, że faktyczny łączny czas trwania zadań, przy których pan Zbigniew B. pełnił funkcję kierownika robót (po uzyskaniu uprawnień) wynosi 63 miesiące, jednakże okresy realizacji niektórych z tych zadań nakładają się na siebie. Dotyczy to: Galerii Handlowej w Legnicy (wrzesień 2008 r. – marzec 2009 r.), Zakładu Produkcyjnego Cadbury Wedel we Wrocławiu (kwiecień 2009 r. – lipiec 2009 r.) oraz Centrum logistycznego w Legnickim Polu (luty 2009 r.-październik 2009 r.). Należy więc uznać, że pan Zbigniew B., pracując przy powyższych inwestycjach, zdobywał w 2009 r. doświadczenie przez krótszy czas niż suma czasu trwania zadań w 2009 r., gdyż pracował jako kierownik robót od stycznia do października, czyli 10 miesięcy (a nie 16 miesięcy). Bez znaczenia, z punktu widzenia okresu doświadczenia, jest fakt, że w niektórych miesiącach osoba ta pełniła funkcję przy realizacji dwóch inwestycji. W ocenie Izby, pracy przy wykonywaniu dwóch zadań w tym samym czasie nie można podwójnie wliczać do okresu doświadczenia.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że sumowanie okresów pracy nakładających się było dopuszczalne, ze względu na fakt, że możliwość ta nie została przez Zamawiającego wyłączona w SIWZ. Warunkiem udziału w postępowaniu był określony staż, zatem z natury rzeczy jako zasadę należy przyjąć obliczanie go bez uwzględniania liczby zadań wykonywanych w tym samym czasie. Dopiero odmienne stanowisko Zamawiającego, dopuszczające sumowanie czasu trwania zadań realizowanych równocześnie, musiałoby być wyraźnie sformułowane w SIWZ (jednakże celowość dopuszczenia takiej możliwości wydaje się wątpliwa).

Wobec powyższego Izba ustaliła, że doświadczenie pana Zbigniewa B. wykazane przez Przystępującego, wynosi 57 miesięcy, a więc mniej, niż wymagał Zamawiający. Zatem potwierdził się zarzut Odwołującego, że Mostostal Warszawa S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym Zamawiający miał obowiązek wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku ich nieuzupełnienia – wykluczyć wykonawcę z postępowania. W wezwaniu skierowanym przez 14 lipca 2010 r. Zamawiający zobowiązał Przystępującego jedynie do wskazania daty wydania uprawnień budowlanych pana Zbigniewa B., co należy uznać za nieprawidłowe. Już wtedy wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie w przedmiotowym zakresie. Wobec zaniechania tego przez Zamawiającego (czy też zbyt wąsko sformułowanego wezwania), przedwczesne byłoby przesądzenie o obowiązku wykluczenia Mostostal Warszawa S.A. z postępowania. Zamawiający ma więc obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów w takim zakresie, w jakim orzeczenie Izby stwierdza ich brak, a w dopiero w przypadku ich nieprzedłożenia w wyznaczonym terminie, zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

2. Sygn. akt: KIO/1676/10

W dniu 6 sierpnia 2010 r. wykonawca MIRBUD S.A. wniósł odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynność badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami SIWZ (§ 3 ust. 3.4 pkt 3.4.2.) wykonawcy mieli obowiązek wykazać, że są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 50.000.000 zł, czego dowodem miała być opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia. Odwołujący do oferty załączył polisę nr 901005435591, na kwotę ubezpieczenia 50.000.000 PLN oraz Certyfikat do umowy ubezpieczenia wraz z trzema załącznikami do polisy wskazującymi na klauzule rozszerzające i warunki dodatkowe.

Odwołujący podniósł, że spełniał warunki udziału w postępowaniu, a na wezwanie Zamawiającego uzupełnił wszelkie wymagane dokumenty oraz wyjaśnił wymagane kwestie. Zarzucił Zamawiającemu, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia nie zawarł opisu merytorycznych zarzutów do Odwołującego ani do oferty. Przeciwnie, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca złożył wyjaśnienia i uzupełnienia w wymaganym terminie oraz że

uzupełnione dokumenty odzwierciedlają zapisy zamieszczone w piśmie Zamawiającego z dnia 14 lipca 2010 r.

Wobec braku uzasadnienia faktycznego wykluczenia, Odwołujący wskazał, że upatruje zarzut Zamawiającego w niemożliwości uzupełnienia dokumentów z terminem ważności na dzień składania ofert, tj. 30 czerwca 2010 r., skoro pismo wzywające zostało dostarczone w 14 lipca 2010r. Odwołujący podniósł, że byłoby to niemożliwe, gdyby Zamawiający wezwał do uzupełnienia nowego zakresu lub nowych dokumentów, o których Odwołujący wcześniej nie wiedział. Zamawiający jednak nie wezwał do uzupełnienia nowych nieznanych elementów oferty. Zarówno zakres przedmiotu zamówienia, jak i żądanie opłaconej polisy, było znanym faktem jeszcze przed składaniem ofert tak dla Zamawiającego jak i Odwołującego i na tej podstawie Odwołujący mógł wcześniej przygotować się do ewentualnego uzupełnienia swojej oferty na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 sierpnia 2010 r. wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A. i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Mostostal Warszawa S.A. podniósł, że Zamawiający otrzymując na wezwanie dokument, którego treść w sposób oczywisty wskazuje, iż został on sporządzony na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, a nie przed terminem składania ofert, nie mógł postąpić inaczej niż uznać, że został on wystawiony po terminie składania ofert. W związku z powyższym prawidłowo Zamawiający uznał, że wykonawca składa nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Przystępujący wskazał, że na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący zobowiązany był złożyć dowód potwierdzający opłacenie polisy, czego nie uczynił, natomiast oświadczył jedynie, że wymagana rata w wysokości 41.000 zł została zapłacona w formie gotówki – nie wiadomo jednak czy czynności ta została dokonana przed terminem składania ofert. Wobec powyższego Odwołujący nie wykazał, iż w terminie składania ofert dysponował opłaconą polisą, a w przypadku jej braku innym dokumentem potwierdzającym wymaganie przez Zamawiającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym zachodzi również podstawa do wykluczenia

Odwołującego się z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Wykonawca – Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. podniósł, że przekazane przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego dokumenty, zawierają sformułowania i zapisy identycznie z tymi, jakich użył Zamawiającego w wezwaniu z dnia 14 lipca 2010 r., co – w ocenie Przystępującego – może uzasadniać przypuszczenie, że zostały sporządzone dopiero po wezwaniu, z czego Przystępujący wywodzi złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Ponadto Przystępujący podniósł, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dwa różne certyfikaty do umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej potwierdzonej polisą, bez daty ich wystawienia lub informacji, który certyfikat jest ważny, co oznacza to, że Odwołujący na wezwane Zamawiającego nie uzupełnił wymaganego dokumentu ani też nie złożył wyczerpujących wyjaśnień, zatem Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę. Ponadto Izba stwierdziła, że wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A. oraz Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. – którzy w ustawowym terminie zgłosili przystąpienie do postępowania – posiadają interes prawny w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego i dopuściła ww. Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z SIWZ wykonawca miał obowiązek wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej m.in. poprzez wykazanie, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 50 mln zł (lub równowartość tej kwoty według średniego kursu NBP z dnia 9 czerwca 2010 r.). Na dowód spełnienia powyższego warunku Zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku – innego dokumentu ubezpieczenia, potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w wymaganym zakresie.

Zamawiający w dniu 14 lipca 2010 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie:

1. płatności składki ubezpieczeniowej – niezgodność zapisów znajdujących się w polisie Nr 901005435591 pomiędzy warunkami płatności zawartymi w Informacji o ubezpieczeniu (pkt III) a Formą i warunkami płatności składki ubezpieczeniowej w przypadku płatności odroczonej (pkt IV) - „Płatna jednorazowo, przelewem do dnia 2010/06715”. Z załączonych do oferty dokumentów i oświadczeń wynika, że dokonany został przelew na kwotę 1.000,00 PLN, łączna składka wynosi 42.000,00 PLN.
2. niezgodności przedmiotu ubezpieczenia z przedmiotem zamówienia – według zapisów Polisy przedmiotem ubezpieczenia jest „Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy I etapu obiektu naukowo – badawczego UW CENT III przewidzianego do realizacji w ramach projektu pn, „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III) przy ul. Pogorzelskiego w Warszawie”, natomiast przedmiotem zamówienia jest budowa I etapu obiektu naukowo badawczego UW CENT III przewidzianego do realizacji w ramach projektu pn. "Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego – Kampus Ochota (CENT III)" przy ul. Pogorzelskiego w Warszawie - SIWZ art. 3 § 1 ust 1.

Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca uzupełnił:

- opłaconą polisę potwierdzającą, że Wykonawca w dniu składania ofert jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 50.000.000 PLN (polisa nr 901005435591),
- aneks do umowy ubezpieczenia potwierdzonej Polisą (nr 801000370249),
- potwierdzenie opłacenia składek w wysokości 1000 PLN oraz 41 000 PLN,
- certyfikat do umowy ubezpieczenia.

Wykonawca poinformował również, że uzupełniony aneks obowiązuje od 29 czerwca 2010r. i dotyczy zmiany płatności składek, jak również przedmiotu zamówienia objętego ubezpieczeniem. Zgodnie z aneksem wszystkie składki ubezpieczeniowe zostały opłacone przed składaniem ofert (przedłożono potwierdzenie opłacenia składek). Wykonawca oświadczył, że złożone dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 27 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, przekazując m.in. informację o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający

wskazał, że przekazane przez Wykonawcę dnia 20.07.2010 r. dokumenty (nie dołączone wcześniej do oferty) odzwierciedlają zapisy zamieszczone w piśmie Zamawiającego z dnia 14 lipca 2010 r., tj.:

1. W Aneksie z dnia 29.06.2010 r. przedmiot ubezpieczenia został zmieniony dokładnie wg zapisów ww. pisma Zamawiającego;
2. Warunki płatności polisy również odzwierciedlają „wątpliwości” Zamawiającego zawarte w ww. piśmie. Forma płatności drugiej składki została zmieniona, z „płatne przelewem” na „płatne przelewem lub gotówką”. Pierwsza rata w wysokości 1.000 PLN, została dokonana przelewem (dowód tej wpłaty Wykonawca dołączył do oferty). Druga rata w wysokości 41.000 PLN została wpłacona gotówką – niemożliwe byłoby uzupełnienie oferty o przelew z datą 29.06.2010 r.;
3. Certyfikat do Umowy ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej potwierdzonej polisą nr 901005415591 załączony do pisma Wykonawcy różni się od dokumentu pod tą samą nazwą. W rezultacie Zamawiający posiada dwa różne certyfikaty do Umowy ubezpieczenia OC potwierdzonej polisą nr 901005435591 bez daty ich wystawienia lub informacji, który z nich jest ważny.

W ocenie Izby, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Odwołujący przedłożył bowiem dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie wykazał, że zostały złożone nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba zwróciła uwagę, że w informacji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający nie podał podstaw faktycznych uzasadniających tę czynność, co należy uznać za naganne. Wykonawcy mają prawo do rzetelnych i wyczerpujących informacji dotyczących decyzji Zamawiającego, które wpływają na ich sytuację w postępowaniu, a zwłaszcza tych, które zamykają wykonawcom drogę do uzyskania zamówienia. Zarzut Zamawiającego został wyraźnie sformułowany dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, podczas której Zamawiający poinformował, iż fakt uzupełnienia dokumentów w brzmieniu odpowiadającym treści wezwania wzbudził wątpliwości co do faktycznej daty ich sporządzenia. Zamawiający stwierdził, że ma wątpliwości, czy aneks do umowy ubezpieczenia oraz dowód opłacenia drugiej raty składki mogły być wystawione przed terminem składania ofert, informując jednocześnie, iż nie posiada dowodów świadczących o tym, że daty tych dokumentów nie odpowiadają datom ich faktycznego wystawienia.

Po pierwsze należy podkreślić, że wątpliwości Zamawiającego co do daty wytworzenia dokumentów nie mogą być podstawą wykluczenia z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje do wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zatem fakt ten powinien być przez Zamawiającego wykazany. Nie jest wystarczającą podstawą zastosowania sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uprawdopodobnienie złożenia nieprawdziwych informacji ani też powzięcie wątpliwości w tym zakresie. Natomiast Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie podjął żadnych kroków zmierzających do weryfikacji złożonych dokumentów (jak chociażby żądanie przedstawienia ich oryginałów na podstawie § 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

Po drugie trudno uznać – w ocenie Izby – za uzasadniający wątpliwości Zamawiającego sam fakt uzupełnienia dokumentów zgodnych z treścią żądania i potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 służy właśnie temu, aby wykonawcy, którzy spełniali warunki w terminie składania ofert, mieli możliwość przekazania dokumentów to potwierdzających już po ich złożeniu. Jest to więc sytuacja przewidziana przez ustawodawcę i nie może sama w sobie uzasadniać wątpliwości co do prawdziwości złożonych informacji. Z całą pewnością nie może natomiast stanowić dowodu takiego zachowania i uzasadniać wykluczenia z postępowania.

Przede wszystkim jednak – zdaniem Izby – Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu już w dacie złożenia oferty, a więc wezwanie do uzupełnienia dokumentów było nieuzasadnione. Izba stanęła na stanowisku, że załączona do oferty polisa OC była prawidłowa. Analiza treści tego dokumentu prowadzi do wniosku, że nie wystąpiła stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność zapisów znajdujących się w polisie pomiędzy warunkami płatności zawartymi w Informacji o ubezpieczeniu (pkt III) a Formą i warunkami płatności składki ubezpieczeniowej w przypadku płatności odroczonej (pkt IV). W punkcie III stwierdzone zostało: łączna składka 42.000 PLN, pierwsza wpłata składki w wysokości 1.000 PLN zgodnie z rozkładem płatności w punkcie IV. Druga wpłata w wysokości 41.000 PLN wymagana w ciągu 7 dni od decyzji wybrania oferty MIRBUD S.A. Odesłanie do punktu IV, zobowiązującego do płatności jednorazowej przelewem, wyraźnie dotyczy tylko płatności I raty składki, a płatność ta została dokonana, co potwierdza załączony do oferty dowód przelewu. Należy więc uznać, że w treści polisy nie wystąpiła rozbieżność w zakresie sposobu płatności, a polisa została opłacona zgodnie z postanowieniami umowy, tj. poprzez terminową wpłatę pierwszej raty składki. Zdaniem Izby jest to więc „opłacona polisa” w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał Zamawiający, a więc i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę. Żądanie opłacenia pełnej składki, mimo że odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczęła się z dniem wpłacenia pierwszej raty, byłoby niczym nieuzasadnione.

W odniesieniu do stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności przedmiotu ubezpieczenia z przedmiotem zamówienia w przedmiotowej polisie, Izba ustaliła, że w treści polisy odwołano się do przedmiotu zamówienia przez posłużenie się sformułowaniem używanym przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej: *Wybór Generalnego Wykonawcy dla budowy I etapu obiektu naukowo-badawczego UW CENT III przewidzianego do realizacji w ramach projektu pn. „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego – Kampus Ochota (CENT III)” przy ul. Pogorzelskiego w Warszawie*. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie kwestionował zakresu tej polisy, podał jedynie, że przedmiotem zamówienia jest *budowa I etapu obiektu naukowo-badawczego (...)*, a nie wybór generalnego wykonawcy dla tej budowy. Należy jednak mieć na uwadze, że sam Zamawiający niekonsekwentnie posługiwał się określeniem przedmiotu zamówienia, używając (np. w ogłoszeniu o zamówieniu) określenia dokładnie takiego, jakie znalazło się w polisie. Nie powinien więc czynić zarzutu wykonawcy z faktu posłużenia się sformułowaniem, którego używał sam Zamawiający. Zauważyć również należy, że wymaganiem Zamawiającego było ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Związek ten został wykazany w polisie poprzez odwołanie się do konkretnego zamówienia publicznego, drugorzędne znaczenie ma – w ocenie Izby – posłużenie się dokładnym sformułowaniem użytym przez Zamawiającego w art. 3 § 1 ust. 1 SIWZ. Ponadto z certyfikatu do umowy ubezpieczenia wynika, że ubezpieczenie dotyczy prowadzonej działalności gospodarczej i obejmuje roboty budowlane wykonywane przez ubezpieczonego w okresie obowiązywania umowy.

Ponadto nawet przyjmując, że zakres ubezpieczenia w świetle polisy był zbyt wąski (czego jednak Zamawiający nie wykazał), to została ona zmieniona aneksem, a wykonawca skutecznie uzupełnił dokument w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma – w ocenie Izby – podstaw twierdzić, że przedłożenie tego dokumentu było złożeniem nieprawdziwych informacji, co powinno skutkować wykluczeniem z postępowania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający niezasadnie kwestionował prawidłowość przedłożonych wraz z polisą certyfikatów. Certyfikaty wystawiane są na ujednoliconym wzorze wynikającym z procedur wewnętrznych ubezpieczyciela, co zostało

przez Odwołującego udowodnione, a Izba nie stwierdziła między nimi rozbieżności, które mogłyby świadczyć o niespełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Należy również zaznaczyć, że certyfikat – jako dokument dodatkowy – był wymagany w sytuacji nieposiadania polisy, a przedłożenie polisy było wystarczające do stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe Izba nakazała unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, orzeczono jak w sentencji.

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

Skład orzekający Izby:

.....