

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Pawła Winnickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WINNICKI” z siedzibą w Sochaczewie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Romantyzmu w Opinogórze**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm **Przedsiębiorstwo Budowlane „Ciechbud” Sp. z o.o. (Lider)**, wykonawca **Kazimierz Wolski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „Wolski” (Partner)** oraz **„Euroinstal” Sp. z o.o. (Partner)** z siedzibą dla Lidera w **Działdowie**, zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę Pawła Winnickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WINNICKI” z siedzibą w Sochaczewie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Pawła Winnickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WINNICKI” z siedzibą w Sochaczewie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawcy Pawła Winnickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WINNICKI” z siedzibą w Sochaczewie na rzecz Zamawiającego Muzeum Romantyzmu w Opinogórze kwotę 3.600,00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu **9 sierpnia 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 179 oraz art. 180 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Paweł Winnicki** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „**WINNICKI**” z siedzibą w Sochaczewie, w postępowaniu prowadzonym na roboty budowlane przez Zamawiającego, którym jest **Muzeum Romantyzmu w Opinogórze**.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 3) a w konsekwencji art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, w sytuacji gdy brak jest podstaw do jego zatrzymania.

Naruszenie w/w przepisów może doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności poprzez wykluczenie z postępowania wykonawcy, który jest w stanie zapewnić prawidłowe zrealizowanie zamówienia

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;
- 3) unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Zamawiający naruszył interes Odwołującego w niniejszym postępowaniu, ponieważ jego wykluczenie uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia, podczas gdy jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania poinformowany został w dniu **4 sierpnia 2011 r.** za pomocą faksu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający Muzeum Romantyzmu w Opinogórze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę obiektów zabudowy gospodarczo-folwarcznej i rewaloryzację zespołu pałacowo-parkowego” w ramach realizowanego projektu

współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach projektu VI działanie 6.1 RPO WM 2007-2013. Dnia 4 sierpnia 2011 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Konsorcjum z Liderem „Przedsiębiorstwo Budowlane „CIECHBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Działdowie. Jednocześnie Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę Odwołującego się w oparciu o art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, zarzucając Odwołującemu brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu wykluczenia Odwołujący podniósł, że Zamawiający zgodnie z punktem 6.1.1 SIWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej 3 obiektów budowlanych, każdy o wartości wykonywanych prac nie mniej niż 5 000 000,00 zł, w tym co najmniej 2 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie zespołów zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków, wykonanych pod nadzorem i opieką konserwatora zabytków;
- prac rewaloryzacyjnych na terenie zespołów zabytkowych obejmujących parki, place, drogi, dziedzińce itp. polegających na:
 - 1) wykonaniu lub remoncie podziemnych instalacji infrastrukturalnych,
 - 2) wykonaniu robót drogowych: nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m² i wykonaniu nawierzchni z kamienia polnego tzw. „kocich łbów” w łącznej ilości co najmniej 500 m².

Zdaniem Zamawiającego firma „WINNICKI” nie potwierdziła spełnienia powyższego warunku w zakresie dotyczącym „wykonania prac rewaloryzacyjnych na terenie zespołów zabytkowych obejmujących parki, place, drogi, dziedzińce itp. polegających na wykonaniu robót drogowych: nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m² i wykonaniu nawierzchni z kamienia polnego tzw. „kocich łbów” w łącznej ilości co najmniej 500 m².

Zarzut powyższy nie jest prawdziwy. Po pierwsze wskazano, że Odwołujący w wykazie prac wskazał:

- 1) robotę: „Modernizacja budynku Benzolownia” na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i gazownictwa obejmującą 961, 54 m² powierzchni z kamienia naturalnego, w tym 500m² z kamienia polnego „kocie łby”,
- 2) robotę „Rewaloryzacja Muzeum Domu Urodzenia F. Chopina w Żelazowej Woli”, w ramach której wykonano 10 071,54 nawierzchni z kamienia naturalnego,
- 3) robotę „Budowa Muzeum Miejsce Pamięci Palmiry, gdzie wykonano roboty drogowe w zakresie ecoparkingu zasypanego kamieniem naturalnym o powierzchni 800 m .

Odwołujący zaznaczył, że z powyższego zestawienia wynika, iż warunek doświadczenia w wykonywaniu robót drogowych polegających na wykonaniu nawierzchni z kamienia naturalnego jest spełniony ponad wymóg Zamawiającego.

Z wymienianej między stronami sporu korespondencji wynika, że Zamawiający nie zaliczył nawierzchni Hanse Grand - o powierzchni 4000 m² oraz nawierzchnia Hanse Grand Robust o powierzchni 1530 m² (wykonanej w ramach prac w Żelazowej Woli) uznając, iż nie stanowi ona nawierzchni określonej w przywołanym powyżej pkt 6.1.1. SIWZ tj. nawierzchni z kamienia naturalnego. Z powyższym twierdzeniem, zdaniem Odwołującego, nie sposób się zgodzić. Zgodnie z Atestem Higienicznym HK/B/0707/01/2010, który został załączony do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, nawierzchnia Hanse Grand jest wyrobem zawierającym kruszywo naturalne. Oznacza to, że w jego skład wchodzi kamienie naturalne, które co najwyżej zostały poddane obróbce mechanicznej (czyli rozkruszeniu skały na mniejsze części). Również z pełnej nazwy przywołanej przez Zamawiającego w wezwaniu normy PN-B.11111;1996 wynika, że produkt ten podlega wymogom normy określonej jako „Kruszywa mineralne - Kruszywa naturalne do nawierzchni drogowych. Żwir i mieszanka”. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że przedstawione przez Odwołującego kruszywo jest produktem z kamienia naturalnego.

Ponadto Odwołujący podkreślił fakt, że ustanawiając warunek zawarty w pkt 6.1.1 SIWZ, Zamawiający nie wskazał żadnej normy czy też parametrów dla mającej powstać nawierzchni. Zamawiający w postawionym przez siebie warunku wskazał jedynie, aby wykonawca wykazał się wykonaniem nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego. Brak jest jednak jakiegokolwiek warunku co do rodzaju, czy też wielkości kamienia naturalnego, z którego nawierzchnia ma być wykonana. W związku z powyższym należy, że Zamawiający dopuścił również do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykazali się doświadczeniem wykonania nawierzchni z kamienia naturalnego rozdrobnionego.

Następnie, w zakresie kolejnego zarzutu, Odwołujący zauważył, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z toczącego się postępowania, Zamawiający podniósł, że firma „WINNICKI” nie wykazała doświadczenia w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. nie wykazała, aby osoby wskazane w doświadczeniu jako potencjał kadrowy Odwołującego: Andrzej W., Henryk K. oraz Dariusz P., spełniali warunki wynikające z pkt 6.1.3. SIWZ.

Zgodnie z pkt 7.2.3. SIWZ Zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zażądał przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia na formularzu zgodnie z treścią załącznika nr 4 do Rozdziału II, wraz z informacjami na temat pełnionych funkcji, uprawnień, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego dla

wykonania zamówienia wymaganymi dla oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 6.1.3. SIWZ. Podkreślono, że SIWZ nie przewidywał natomiast żadnego uszczegółowienia w kwestii dokumentów, które należałoby przedstawić w celu potwierdzenia kwalifikacji oraz doświadczenia osób wskazanych. Również wzór wykazu stanowiący Załącznik nr 4 w sprawie potencjału kadrowego jest skonstruowany w sposób bardzo ogólny. Zgodnie z omawianym wzorem wykazu potencjału kadrowego, wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni byli wskazać jedynie imię i nazwisko osób biorących udział w postępowaniu, funkcję tych osób oraz wskazać kwalifikację i doświadczenie. Wykaz ten nie zawiera natomiast żadnego elementu, który pozwalałby na ustalenie stopnia szczegółowości wykazania doświadczenia i kwalifikacji osób przedstawionych jako potencjał kadrowy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający kierując wezwania do drugiego wykonawcy, który złożył ofertę w tym postępowaniu - Konsorcjum z liderem Przedsiębiorstwa Budowlanego „CIECHBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Działdowie, dokładnie wyjaśniał jakie dokumenty i jakie informacje mają być przez tegoż wykonawcę dostarczone w zakresie uzupełnienia wykazu stanowiącego potencjał kadrowy. W wezwaniu z dnia 29 lipca 2011 r. Zamawiający w sposób jasny wskazał osoby, wymienione przez tegoż wykonawcę jako potencjał kadrowy, co do których powziął wątpliwości dotyczące spełnienia warunku doświadczenia oraz wyraźnie wskazał wykonawcy, jakie dokładne informacje powinno uwzględniać przedłożone przez niego uzupełnienie w tym zakresie.

Tymczasem w wezwaniach kierowanych do Odwołującego, Zamawiający formułował wezwania w sposób ogólny, nie wskazując na to jakie informacje budzą jego wątpliwości. Ponadto Zamawiający wykluczył Odwołującego twierdząc, że Odwołujący nie wykazał doświadczenia Andrzeja W., Henryka K. oraz Dariusza P. w pełnieniu przez nich funkcji określonych w pkt 6. 1. 3.SIWZ.

Odwołujący wskazał dokładnie jakie informacje, niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie potencjału kadrowego znalazły się w jego ofercie. Na tle bardzo ogólnych sformułowań zawartych w SIWZ oraz ogólnego charakteru wykazu potencjału kadrowego stanowiącego załącznik nr 4, wykonawcy nie mieli obowiązku podania informacji w sposób, jaki miał na myśli Zamawiający (czego jednak nie wyraził) i nie może być to podstawą do wykluczenia z postępowania. Wykluczenie Odwołującego jest niezasadne, gdyż osoby przedstawione jako potencjał kadrowy Odwołującego spełniają wymogi SIWZ w sposób dalece przekraczający minimum.

Jeżeli natomiast Zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonego wykazu powinien był skorzystać z instytucji wyjaśnienia dokumentów przewidzianej w art. 24 ust 4 ustawy Pzp. Utrwalone orzecznictwo KIO wskazuje, że korzystanie z wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego w sytuacji gdy ma on wątpliwości co do spełnienia warunku.

Zamawiający natomiast nie może a priori przyjąć, że wątpliwości te oznaczają brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W opisywanej sytuacji Zamawiający winien był wyjaśnić wątpliwości związane z w jego opinii niejednoznacznym przedstawieniem doświadczenia w zakresie osób, a w konsekwencji winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub też przedłożenia dokumentów, z których wynikałyby poszczególne okresy pełnienia funkcji przez wskazane przez Odwołującego osoby, tak jak uczynił to w przypadku wykonawcy Konsorcjum z liderem Przedsiębiorstwo Budowlane „CIECHBUD” Sp. z o.o.

Fakt, że Zamawiający wezwał Konsorcjum z liderem Przedsiębiorstwa Budowlanego „CIECHBUD” do uzupełnienia wykazu o wskazane przez Zamawiającego szczegółowe informacje dotyczące okresu doświadczenia, funkcji i obiektów wykonanych przez osoby ujawnione jako potencjał kadrowy wykonawcy oraz iż w równoważnych warunkach nie wezwał do przedstawienia takiego uszczegółowienia przez Odwołującego świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie w załączeniu do odwołania, Odwołujący przedłożył oświadczenia Pana Andrzeja W., Henryka K. oraz Dariusza P., z których jednoznacznie wynika, że osoby te spełniają warunek, o którym mowa w pkt 6.1.3 SIWZ.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego, zawiadomił firmę „WINNICKI” o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium powołując się na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Takie działanie Zamawiającego jest wprost sprzeczne z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Należy podkreślić, że analizą powyższego przepisu zajmowała się Krajowa Izba Odwoławcza. W orzeczeniu z dnia 22 marca 2011 r. KIO stwierdziła, że wskazany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Zdaniem Izby powyższe nie pozwala więc na wykładnię rozszerzającą przesłankę zatrzymania wadium. „Przy zastosowaniu wykładni językowej, przesłanką zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Przesłanki tej (zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp.) nie wyczerpuje złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy. Intencją ustawodawcy nie było bowiem zatrzymanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. i dokumentu tego nie złożył”. W cytowanym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że interpretacji

powołanego przepisu należy dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej jak też celowościowej i eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu były wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych (wyrok SN z dnia 21 grudnia 1999 r. (sygn. akt I KZP 45/99). Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że celem wprowadzenia przepisu było tylko i wyłącznie zapobieżenie znikom wykonawców, którzy działają razem i w porozumieniu celowo nie załączyli do ofert dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w pełni podziela stanowisko zaprezentowane w przytoczonym powyżej wyroku, iż wykładnia art. 46 ust. 4a powinna również uwzględniać cel wyznaczony przez ustawodawcę. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że wraz z informacją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i zatrzymaniu wadium, Zamawiający nie wskazał nawet, za brak dostarczenia jakiego dokumentu przez Odwołującego zostało zatrzymane wniesione przez niego wadium. Odwołujący domyślać się jedynie może, że zatrzymanie wadium nastąpiło w związku z wezwaniem z dnia 6 lipca 2011 r. Dnia 7 lipca 2011 r. Odwołujący przekazał wymienione w wezwaniu Zamawiającego dokumenty tj.: pełnomocnictwo, potwierdzoną za zgodność z oryginałem informację z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych; uzupełnienie wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz oświadczenie o posiadaniu przez te osoby uprawnień. Natomiast w zakresie wezwania Zamawiającego do udokumentowania spełnienia warunku w pkt 6.1.1. SIWZ, Odwołujący wyjaśnił, że uzupełnienie dodatkowych dokumentów w tym zakresie nie jest konieczne, ponieważ dotychczasowe dokumenty i oświadczenia w sposób wystarczający potwierdzają spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak Odwołujący załączył również Atest Higieniczny HK/B/0707/01/2010 na potwierdzenie, że użyty przez niego produkt spełnia warunek i jest kruszywem z naturalnego kamienia. Dokument ten wraz ze złożonymi wyjaśnieniami w ocenie Odwołującego w sposób jasny wskazywały na potwierdzenie przez niego spełnienia warunku określonego w pkt 6.1.1.

Odwołujący podniósł, że norma art. 46 ust. 4 a powinna być interpretowana ściśle. Odwołujący załączył dokumenty, do których złożenia wezwał go Zamawiający zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą. Nie można zatem uznać, że nawet jeżeli załączone w wyniku wezwania dokumenty w opinii Zamawiającego, nie potwierdzają spełnienia warunku, to Zamawiający ma prawo w takiej sytuacji do zatrzymania wadium.

W ocenie Odwołującego również kierowane do niego wezwanie nie było wystosowane w sposób prawidłowy. W zakresie bowiem spełnienia warunku Zamawiający

powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a dopiero w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie byłyby wystarczające do przedłożenia dokumentów.

W dniu **12.08.2011 roku** do postępowania odwoławczego przystąpienie po stornie Zamawiającego zgłosił wykonawca konsorcjum firm **Przedsiębiorstwo Budowlane „Ciechbud” Sp. z o.o. (Lider), Kazimierz Wolski – Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „Wolski” Kluszkowce (Partner) oraz „Euroinstal” Sp. z o.o. Ciechanów (Partner) z siedzibą dla Lidera w Działdowie.**

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania wykonawcy Odwołującego się wskazując, że jako wykonawca, którego oferta została wybrana, ma interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił, gdyż uwzględnienie odwołania mogłoby spowodować utratę przez konsorcjum prawa wykonania zamówienia.

W dniu 17 sierpnia 2011 roku (pismem z dnia 16.08.2011 r.) zgłaszający przystąpienie wykonawca – konsorcjum firm- przedłożył pisemne stanowisko w sprawie. Wskazywał w nim, że Odwołujący w odwołaniu twierdzi, że wypełnił warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia poprzez wykonanie w okresie ostatnich 5 lat prac rewaloryzacyjnych na terenie zespołów zabytkowych obejmujących parki, place, drogi, dziedzińce itp. polegające na: wykonaniu robót drogowych: nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10000 m² i wykonaniu nawierzchni z kamienia polnego tzw. „kocich łbów” w łącznej ilości co najmniej 500 m² Nie można zgodzić się z powyższym stanowiskiem.

Podkreślił, że Zamawiający życzył sobie wykazania wykonania łącznie 10 500 m² nawierzchni z kamienia naturalnego. Użył bowiem spójnika „i” a nie określenia „w tym”.

Odwołujący nic wykazał wykonania takiej nawierzchni. Przeprowadził analizę informacji znajdujących się w wykazie robót Odwołującego i złożonych wraz z nim referencji. Stwierdził, że w referencji udzielonych firmie przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo wskazuje na wykonanie przez firmę „Winnicki” (w zakresie dotyczącym pkt. 6.1.1. SIWZ) łącznie 751,54 m², w tym 522,50 m² drogi wybrukowanej z kamienia polnego (odzysku). W załączniku nr 3 do rozdziału II na stronie 000151 firma Winnicki dolicza do wykonanej powierzchni 210 m² krawężnika co nie znajduje potwierdzenia w załączonych referencjach, pomijając fakt, że w budownictwie w odniesieniu do wszelkich krawężników lub obrzeży obowiązuje jednostka miary „metry bieżące” a nie „m²”. Zdaniem Przystępującego przytoczona przez firmę „Winnicki” inwestycja „posiada” 751,54 m² nawierzchni z kostki kamiennej spełniającej warunek określony w pkt. 6.1.1. SIWZ a krawężniki są wliczone do tej powierzchni. Ponadto w powierzchni tej mieści się warunek wykonania 500 m² tzw. „kocich łbów”, co oznacza, że do dalszych wyliczeń wykonania 10 000 m² można przyjąć jedynie 251,54 m² wykonanej powierzchni.

Analiza referencji udzielonych firmie przez Narodowy Instytut Fryderyka Chopina w Warszawie wskazuje na wykonanie przez firmę „Winnicki” (w zakresie dotyczącym pkt. 6.1.1. SIWZ)

- nawierzchnie chodników i parkingu z kostki granitowej gr. 6 cm z granitu karkonoskiego 1 800 m²
- nawierzchnie z bloczków piaskowca z podbudową z tłucznią 655 m²
- nawierzchnia z kamienia łamanego 445 m²
- nawierzchni granitowej 300 m²
- nawierzchni z płyt granitowych 60x30x8 z podbudową z Betonu B10 gr. 15 cm 280 m².

W załączniku nr 3 do rozdziału II na stronie 000153 firma „Winnicki „dolicza” do wykonanej powierzchni płyty wylewane z wtopionym kamieniem (w ilości 100 m²) oraz nawierzchnię Hanse Grand Robust w łącznej ilości 1530 + 4000 - 5530. Przytoczone 2 ostatnie nawierzchnie nie są nawierzchniami spełniającymi wymogi pkt. 6.1.1. STWZ, tj. nie są to nawierzchnie z kamienia naturalnego (granit, bazalt, piaskowiec, itp.).

Nawierzchnia Hanse Grand Robust jest nawierzchnią z kruszywa mineralnego i podlega wymaganiom określonym w normie PN-96/B-111U „Kruszywa naturalne do nawierzchni drogowych” Przywołana norma nawiązuje też do definicji ujętych w normie PN-87/B-01100 „Kruszywa skalne. Podział, nazwy i określenia”. Podobne stanowisko wyraża producent mieszanki Hanse Grand (www.hansefcrand.pl) wskazując w specyfikacji technicznej (SST) w sposób jednoznaczny na kruszywo. Wskazany przez Odwołującego Atest Higieniczny AK/B/0707701/2010 również określa ten produkt jako zawierający „kruszywo naturalne”.

Nawierzchnia Hanse Grand Robust to mieszanka mineralna, modyfikowana, wytworzona z minerałów (kruszyw): łupki wysokogórskie, specjalny wiążący żwir, rozdrobniony kamień. Uziarnienie mieszanki wynosi 0-11 mm. Mieszanka jest kruszywem mineralnym i podlega wymogom określonym w normie PN-B.11111 - Kruszywa mineralne. Ponadto technologia układania mieszanki Hanse Grand różni się wyraźnie od technologii wykonania nawierzchni kamiennych.

Nie istnieje żadna prawna, powszechnie obowiązująca definicja nawierzchni z kamienia naturalnego, której przytoczenie precyzowałoby ściśle, co Zamawiający rozumie przez ten termin. Zamawiający odwołał się więc do potocznego znaczenia tego określenia. Według encyklopedii „Wikipedia” nawierzchnie w budownictwie drogowym dzielą się na:

- szutrowe- z kruszyw,
- z mas bitumicznych (mieszanka kruszyw naturalnych i asfaltu),
- betonowe,
- z kostki brukowej (kamienia)

- trylinki (kostka betonowa),

Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby stwierdzić, że nawierzchnia z mas bitumicznych czyli asfaltowa to również nawierzchnia z kamienia, gdyż kruszywo stanowi 95% a asfalt jako lepiszczce 5% całości. Podobnie przy nawierzchni betonowej, której składnikiem jest również kruszywo. Gdyby Zamawiający życzył sobie wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonania nawierzchni z kruszyw, zawarłby taki warunek w SIWZ. Nawet potoczne rozumienie pojęć nawierzchnia z kamienia a nawierzchnia z kruszywa nie nastęrcza trudności interpretacyjnych, na które powołuje się Odwołujący. Ponadto wskazać należy, że żądanie wykazania się określonym doświadczeniem w wykonaniu robót powinno korespondować z treścią zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający może żądać wykazania się wykonaniem takich robót i znajomością takich technologii, jakie są do wykonania w przedmiocie zamówienia i to powinna być podstawowa reguła interpretacyjna w zakresie interpretacji zapisów SIWZ.

To samo dotyczy wliczenia do wykonanych robót 100 m² nawierzchni z betonu z wtapianym kamieniem. To również nie jest technologia robót, jaka jest przewidziana w projekcie a wylewanej powierzchni betonowej nie można uznać za nawierzchnię z kamienia naturalnego.

W tym stanie rzeczy firma „Winnicki” wykazuje łącznie wykonanie nawierzchni kamiennych w Narodowym Instytucie Fryderyka Chopina w Warszawie w ilości wyłącznie 3 480 m².

Ponadto Odwołujący wykazał wykonanie 800 m² ekoparkingu zasypanego kamieniem naturalnym - otoczkami - na terenie Muzeum Miejsce Pamięci Palmiry. Przystępujący nie zgadza się z tym stanowiskiem po pierwsze dlatego, że wg normy PN-87/B-01100 pkt 3,10 otoczki to kruszywo naturalne o wielkości ziaren 63-250 mm. nie kamień, po drugie zaś Odwołujący nie wykazał, że ów ekoparking został wykonany na terenie zespołu zabytkowego. Według wiedzy Konsorcjum teren tego parkingu jest usytuowany poza obiektem zabytkowym. Również technologia jego wykonania - luźnego nasypiania do kratek ograniczających - nie odpowiada doświadczeniu, w wykonywaniu robót, jakiego wymaga Zamawiający.

Tak więc łączna powierzchnia wykonanych robót drogowych z kamienia naturalnego wynosi, oprócz wykazanych 500 m² „kocich łbów”: 251, 54 m² + 3480 m² = 3731,54 m², przez co nie spełnia wymogu wynikającego z pkt. 6.1.1. SIWZ.

Odnosnie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania oferentów poprzez bardzo ogólne sformułowania zawarte w SIWZ co do potencjału kadrowego oraz ogólny charakter wykazu potencjału kadrowego stanowiącego załącznik nr 4 stwierdzić należy, że Odwołujący mimo rzekomej ogólnikowości sporządził ten wykaz prawidłowo co do znacznej części osób zamieszczonych w wykazie, a jedynie co do kilku z nich wykazał doświadczenie zawodowe

w sposób ogólnikowy. Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie miał problemów z interpretacją SIWZ i załącznika nr 4 w tym zakresie, a było to posunięcie celowe, mające ukryć braki w wymaganym doświadczeniu zawodowym osób, które to braki Zamawiający wykazał wyraźnie w uzasadnieniu do wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei zbędne było pouczenie Odwołującego, przez Zamawiającego, w jaki sposób należy wykazać doświadczenie zawodowe tych trzech osób, skoro co do pozostałych osób Odwołujący wiedział, jak to uczynić.

Zamawiający w dniu **18 sierpnia 2011 roku** złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, iż wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę mniejszą od kwot, od których uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej. Do zawartości merytorycznej odwołania ma zatem zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten wyklucza uprawnienie Odwołującego do stosowania środka ochrony prawnej w stosunku do ogólnych zarzutów naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a także do zarzutów zatrzymania wadium. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wnosił o wyłączenie z orzekania postawionych przez Odwołującego w tym zakresie zarzutów.

Rozpatrzeniu podlegać będą zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zarzuty te zostały spowodowane wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Nastąpiło to na skutek nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego, a także dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Zamawiający podniósł, iż w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 03 sierpnia 2011 roku, zawierającym informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący nie wykazał spełniania warunku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego określonego w pkt 6.1.1. SIWZ. Wykonawca nie potwierdził, że wykonał prace rewaloryzacyjne na terenie zespołów zabytkowych obejmujących parki, place, drogi, dziedzińce itp. polegające na wykonaniu robót drogowych: nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m² i wykonaniu nawierzchni z kamienia polnego tzw. „kocich łbów” w łącznej ilości co najmniej 500 m².

Z przedstawionego wraz z ofertą, wykazu wykonanych robót budowlanych „Doświadczenie” nie wynika, że Odwołujący wykonał na żądanych obiektach wymaganą powierzchnię nawierzchni z kostki granitowej lub innej nawierzchni z kamienia naturalnego. W przypadku referencji PGNiG w Warszawie przy modernizacji Budynku Benzolowni (str. 150 - 151 oferty) Odwołujący podsumował, iż łącznie wykonano 961,54 m² nawierzchni z kamienia naturalnego, w tym 500 m² nawierzchni z kamienia polnego tzw. „kocich łbów”. Zdaniem Zamawiającego jest to podsumowanie błędne. Po pierwsze wykonanie nawierzchni z kamienia

polnego stanowiło osobny warunek. Zatem 522,5 m² drogi wybrukowanej z kamienia polnego stanowi o spełnieniu tego osobno postawionego warunku, jednak nie wpływa na spełnienie drugiego z warunków - wykonania co najmniej 10 000 m² nawierzchni z kamienia naturalnego. Nie ma także możliwości doliczenia „powierzchni” krawężnika. Krawężnik nie stanowi nawierzchni, tylko wykończenie, obramowanie drogi. Jako taki nie jest liczony osobno. Suma nawierzchni z kamienia naturalnego, która została wykonana w przedmiotowym zadaniu (nie licząc kocich łbów), a która wpływa na stwierdzenie spełniania spornego warunku wynosi zatem 229,04 m².

W przypadku zadania Muzeum Domu Urodzenia Fryderyka Chopina w Żelazowej Woli (str. 152 -153 oferty) Odwołujący podsumował, iż na terenie Muzeum łącznie wykonano 10 071,54 m² nawierzchni z kamienia naturalnego. Cyfra ta jest wynikiem błędnego sumowania. Biorąc pod uwagę wszystkie wpisane przez Odwołującego nawierzchnie (odliczając okrawężnikowanie, które nawierzchnią nie jest i zostało podane w metrach bieżących), suma wynosi: 9118 m². Suma zliczonych dla potwierdzenia spełniania warunku nawierzchni mogłaby zatem, po zsumowaniu dwóch omawianych wyżej zadań, wynosić 9347,04 m². Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła jednakże wykazana na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nawierzchnia typu Hanse Grand Robust, którą Odwołujący uznał za nawierzchnię z kamienia naturalnego. Ma ona istotne znaczenie w ocenie spełniania spornego warunku udziału, bowiem wykazano aż 5530 m² jej wykonania.

Oprócz powyższego, w tabeli załączonej do oferty, na stronie 156 , zamieszczono informację o zrealizowaniu 800 m² nawierzchni z kamienia naturalnego - otaczaka, na terenie Budowy Muzeum Miejsce Pamięci PALMIRY. Odwołujący nie złożył jednakże oświadczenia, że roboty były wykonywane na terenie zespołu zabytkowego.

Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2011 roku nr D.A/226/1/2011 wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym między innymi dotyczących posiadanego doświadczenia zawodowego. W odpowiedzi, pismem numer 1286/11 z dnia 8 lipca 2011 r., Odwołujący wyjaśnił, że jego zdaniem nawierzchnia Hanse Grand Robust jest nawierzchnią z kamienia naturalnego, wskazując przy tym na brak wymagań odnośnie uziarnienia.

W sprawie Muzeum Miejsce Pamięci PALMIRY oświadczył, że Zamawiający „niesłusznie nie uwzględnił robót drogowych wykonanych w ramach zadania (...)”. Nie oświadczył natomiast, iżby były to roboty wykonywane na terenie zespołu zabytkowego, co miałyby znaczenie w ocenie spełniania warunku udziału.

Do pisma załączono nowy wykaz „Doświadczenie” poszerzony o jedną nową robotę, zrealizowaną na zlecenie ROL-POD Sp. z o.o., nie mającą jednakże znaczenia przy ocenie spełniania spornego warunku udziału. Robota ta nie została bowiem zrealizowana na terenie zespołu zabytkowego. Nie wprowadzono także korekty opisu odnoszącego się do Muzeum

Miejsce Pamięci PALMIRY. Załączono Atest Higieniczny dla nawierzchni Hanse Grand Robust.

Odnosnie nawierzchni Hanse Grand Robust Zamawiający stwierdził, że treść certyfikatu nie zawiera sformułowania potwierdzającego, że jest to nawierzchnia z kamienia naturalnego. Odwrotnie, zapisano w niej, iż jest to nawierzchnia mineralna, biologicznie czynna, zawierająca kruszywo naturalne.

Odejmując zatem od wyliczonych wcześniej 9347,04 m² nawierzchni, 5530 m² Hanse Grand Robust, pozostaje tylko 3817,04 m² ułożonej na terenie zespołów zabytkowych nawierzchni z kamienia naturalnego. Jest to niewiele ponad 1/3 wymaganego doświadczenia zawodowego. Podkreślenia wymaga fakt, że nawet zaliczywszy doświadczenie w układaniu nawierzchni Hanse Grand Robust, jako odpowiadającej żądaniu Zamawiającego dla potwierdzenia spełniania spornego warunku udziału, Zamawiający nie może stwierdzić, iż Odwołujący potwierdził spełnianie tego warunku. Nie wykazał bowiem ułożenia 10 000 m² nawierzchni z kamienia naturalnego na terenie zespołów zabytkowych.

Istotnym jest, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku wymaganego doświadczenia zawodowego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący nie dostarczył nowych informacji koniecznych dla wykazania spełniania warunków. Mając na uwadze, iż przepis art. 26 ust. 2a, nakazuje wykonawcom na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 - wykluczenie Odwołującego było uzasadnione i konieczne. Tym samym zarzut odwołania związany z nie spełnieniem warunku posiadania wymaganego doświadczenia nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający wskazał także, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zarzut dotyczy trzech osób wymienionych w ofercie. Osoby te zostały wskazane przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłane pismem z dnia z dnia 6 lipca 2011 roku nr D.A/226/1/2011. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym między innymi dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do Pana Andrzeja W., stwierdzono, że w uzupełnionym wykazie znalazło się oświadczenie, iż Pan W. posiada 18-letni staż pracy na stanowiskach funkcyjnych w branży budowlanej w tym na stanowisku kierownika budowy. Brak jest oświadczenia, że staż pracy na stanowisku kierownika budowy wynosił 5 lat. Przedstawiony wykaz wykonanych zadań budowlanych, na których Pan Andrzej W. pracował na stanowisku kierownika budowy wskazuje doświadczenie w liczbie 55 miesięcy. Jest to o 5 miesięcy mniej niż wynika z postawionego w pkt 6.1.3. ppkt a) SIWZ, warunku udziału w postępowaniu.

Fakt, iż Odwołujący w treści odwołania wskazuje informacje, które, gdyby zostały przesłane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, mogłyby przesądzić o potwierdzeniu spełniania warunku w odniesieniu do osoby Kierownika Budowy, nie może zmienić oceny, czy Odwołujący w zakresie wskazanym przez Zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie, wykazał że spełnia sporny warunek udziału. Wskazywane w odwołaniu - wezwanie do wyjaśnienia nie mogło być zastosowane. Informacja przekazana przez Odwołującego pismem z dnia 08 lipca 2011 roku, była na tyle precyzyjna, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, iż nie spełnia on postawionego warunku. Co więcej, sanacja powstałego stanu rzeczy nie była możliwa. Dla jej realizacji, konieczne byłoby wprowadzenie nowych informacji, nie zamieszczonych w ofercie ani nie dostarczonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. To zaś, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, jest niedopuszczalne. Narusza art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do Pana Henryka K. - wskazanego na stanowisko kierownika robót sanitarnych, wykonawca był zobowiązany wykazać (zgodnie z pkt 6.1.3 lit. c S1WZ), że osoba ta posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami (budową) w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu budowlanego, należącego do jednej z klas PKOB wymienionych w pkt. 6.1.1 S1WZ.

Z podanych przez wykonawcę informacji wynika, iż Pan Henryk K. posiada 28 lat pracy na stanowiskach kierownika budowy i robót sanitarnych. Z powyższego nie wynika, ile w rzeczywistości posiada lat doświadczenia w kierowaniu robotami sanitarnymi lub kierowaniu budową. Stanowisko Zamawiającego znajduje wsparcie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2008 r Sygn. akt: KIO/UZP 568/08. Następnie podano, iż w latach 2007-2010 Pan Henryk K., nadzorował roboty sanitarne na dwóch obiektach zabytkowych wskazanych z nazwy. Z przedmiotowej informacji nie wynika, że Pan Henryk K. kierował robotami sanitarnymi przez co najmniej 3 lata oraz, że był kierownikiem robót lub budowy na co najmniej jednym obiekcie należącym do jednej z klas PKOB wskazanych w pkt 6.1.1 SIWZ. Oświadczenie wiedzy złożone na wezwanie Zamawiającego, nie tylko że nie potwierdza spełniania warunku udziału, ale nawet wprost mu zaprzecza.

Identycznie rzecz się ma w odniesieniu do Pana Dariusza P. - wskazanego na stanowisko kierownika robót elektrycznych. Wykonawca był zobowiązany wykazać (zgodnie z pkt 6.1.3 lit. d), że osoba ta posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, oraz co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami (budową) w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu budowlanego, należącego do jednej z klas PKOB wymienionych w pkt. 6.1.1 SIWZ.

Z podanych informacji wynika, iż Pan Dariusz P. posiada 30 lat pracy w zawodzie w tym 25 lat pracy na stanowiskach kierownika budowy i robót elektrycznych. Z powyższego

nie wynika, ile w rzeczywistości posiada lat doświadczenia w kierowaniu robotami elektrycznymi lub kierowaniu budową. Następnie podano, iż w latach 2007-2010 nadzorował roboty elektryczne na budowach obiektów zabytkowych wskazanych w treści wykazu. Z przedmiotowej informacji nie wynika, że Pan Dariusz P. kierował robotami elektrycznymi przez co najmniej 3 lata oraz, że był kierownikiem robót lub budowy na co najmniej jednym obiekcie należącym do jednej z klas PKOB wskazanych w pkt 6.1.1 SIWZ. Oświadczenie wiedzy złożone na wezwanie Zamawiającego nie tylko, że nie potwierdza spełniania warunku udziału, ale nawet wprost mu zaprzecza.

Zgodnie art. Art. 25. ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (upbud) zakres obowiązków inspektora nadzoru nie obejmuje kierowania robotami, ani kierowania budową. Co więcej, zgodnie z art. 24 upbud, nie można łączyć funkcji kierowniczych z funkcjami nadzorczymi. Zatem oświadczenie o tym, że osoba nadzorowała roboty budowlane stanowi jednocześnie zaprzeczenie, iżby mogła tymi samymi robotami kierować. Skoro Odwołujący w odniesieniu do Pana K. oraz Pana P., wskazał obiekty, na których wykonywali oni nadzór, i nie wskazał obiektów, na których byli kierownikami robót lub budowy, nie może w następstwie żądać od Zamawiającego kolejnych wezwań. Oświadczenie Odwołującego jest jasne i nie budzi żadnych wątpliwości co do stanu rzeczy.

Odwołujący wskazał w treści odwołania nowe, nieznane wcześniej Zamawiającemu informacje, których znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należałoby dokładnie ocenić w przypadku, gdyby zostały dostarczone Zamawiającemu w terminie zakreślonym. Oświadczenia Odwołującego dotyczące doświadczenia osób, złożone w przedmiotowej sprawie w treści Odwołania, nie mogą mieć pozytywnego znaczenia w sprawie. Oznaczałoby to bowiem, iż przesądziły o potwierdzeniu spełniania warunków po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu. To zaś jest niezgodne z obowiązującym prawem.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w jego złożeniu. Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert – 100% cena, zajmuje pierwsze miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym, wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę obiektów zabudowy gospodarczo-folwarcznej rewaloryzującą zespół pałacowo-parkowego” w ramach realizowanego projektu współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach priorytetu VI działanie 6.1 RPO WM2007-2013 przez Muzeum Romantyzmu w Opinogórze.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się dnia 10.06.2011 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 153804-2011.

Zgodnie z punktem 6.1.1 SIWZ ustanowiono warunek udziału w postępowaniu polegający na konieczności wykazania przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej 3 obiektów budowlanych, każdy o wartości wykonywanych prac nie mniej niż 5 000 000,00 zł, w tym co najmniej 2 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie zespołów zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków, wykonanych pod nadzorem i opieką konserwatora zabytków;

- prac rewaloryzacyjnych na terenie zespołów zabytkowych obejmujących parki, place, drogi, dziedzińce itp. polegających na:

- 1) wykonaniu lub remoncie podziemnych instalacji infrastrukturalnych,
- 2) wykonaniu robót drogowych: nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m² i wykonaniu nawierzchni z kamienia polnego tzw. „kocich łbów” w łącznej ilości co najmniej 500 m².

Zgodnie z pkt 6.1.3. SIWZ Zamawiający w zakresie warunku posiadania doświadczenia w odniesieniu do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem co najmniej dwiema osobami na każdą z wymienionych funkcji, w tym:

a) kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającego co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch obiektów budowanych, należących do jednej z klas PKOB wymienionych w pkt 6.1.1. SIWZ;

b) (...);

c) kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cielnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, posiadającego co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami (budową) w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu budowlanego, należącego do jednej z klas PKOB wymienionych w pkt 6.1.1.;

d) kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadającego co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami (budową) w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu budowlanego, należącego do jednej z klas PKOB wymienionych w pkt. 6.1.1 SIWZ;

e) (...)

Zgodnie z pkt 7.2.3. SIWZ Zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zażądał przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”) na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 4 do Rozdziału II, wraz z informacjami na temat pełnionych funkcji, uprawnień, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego dla wykonania zamówienia wymaganymi dla oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 6.1.3. SIWZ. Do wykazu miało być dołączone oświadczenie o posiadaniu uprawnień przez osoby, wskazane do pełnienia funkcji, dla których wymagane

jest posiadanie uprawnień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zgodnie z wzorem wykazu Potencjału kadrowego, powinni byli wskazać imię i nazwisko osób biorących udział w postępowaniu, funkcję tych osób oraz wskazać kwalifikację i doświadczenie.

Wykonawca Odwołujący się złożył wraz z ofertą Wykaz „Doświadczenie”, w którym przedstawił zadania w zakresie wymaganym w SIWZ oraz Wykaz „Potencjał kadrowy” będący potwierdzeniem warunku dotyczącego potencjału osobowego.

Zamawiający zakwestionował złożone wykazy i wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu dokumenty dotyczące wykazu osób oraz innych tak wymienione. W zakresie wykazu prezentującego doświadczenie przedstawił jedną, dodatkową pozycję oraz wyjaśnił, że zadania wykazane w pierwotnym wykazie spełniają warunki określone w SIWZ i nie ma potrzeby uzupełniania wykazu, a w zakresie kwestionowanej przez Zamawiającego nawierzchni, złożył kserokopię Atestu Higienicznego.

W związku z tak zaistniałą sytuacją Odwołujący się został z postępowania wykluczony a jego oferta odrzucona.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie mogły zostać uwzględnione.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08).

Odnosząc się do zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 6.1.1. SIWZ Izba stwierdziła, że **zarzut powyższy nie zasługiwał na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności rację przyznać należy Zamawiającemu i Przystępującemu, że warunek wykazania nawierzchni z kamienia polnego w łącznej ilości co najmniej 500 m² był

niezależnym warunkiem niezbędnym do udowodnienia, odrębnie od warunku wykazania wykonania robót drogowych nawierzchni z kostki granitowej lub innej nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m². Świadczy o tym użycie łącznika „i”. Jednocześnie brzmienie warunku uznano za jednoznaczne, precyzyjne i nie wymagające zastosowania innej wykładni niż wykładnia literalna.

Biorąc pod uwagę powyższe określenie warunku, z powierzchni wymienionej w zadaniu „Modernizacja budynku – Benzolownia” wykonanym dla Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa SA dla udowodnienia doświadczenia w wykonaniu robót drogowych nawierzchni z kostki granitowej lub innej nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m² odliczyć należało 522,5 m² nawierzchni wykonanej z kamienia polnego. To natomiast spowodowało, że na poczet warunku doświadczenia w zakresie nawierzchni z kamienia naturalnego nie można zaliczyć całej nawierzchni 961,54 m², jak podawał Odwołujący.

Analiza zadania „Rewaloryzacja Muzeum Domu Urodzenia Fryderyka Chopina w Żelazowej Woli wraz z budową obiektów obsługi turystów, zaplecza gospodarczo-administracyjnego” wykonanych na rzecz Narodowego Instytutu Fryderyka Chopina w Warszawie istotna jest z punktu widzenia spełniania warunku udziału albowiem uwzględnienie zakresu prac wykonanych w ramach tej inwestycji warunkowało wykazanie spełniania warunku przez Odwołującego się wykonawcę. Sporna między stronami była możliwość zaliczenia na poczet warunku nawierzchni typu Hanse Grand Robust.

Bezspornie z zapisów SIWZ wynika, iż Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu nawierzchni z kostki granitowej lub innych nawierzchni z kamienia naturalnego w łącznej ilości co najmniej 10 000 m². Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego nawierzchnia typu Hanse Grand Robust jest mieszanką mineralną, w skład której wchodzi kruszywo naturalne, którego nie można uznać za nawierzchnię z kamienia naturalnego. Faktem jest, że Zamawiający nie wyjaśnił i nie doprecyzował jaką nawierzchnię uzna za prawidłową i czy nawierzchnia wykonana z mieszanki mineralnej z kruszywa naturalnego wystarczająca będzie do wykazania spełniania warunku.

Zgodnie z Atestem Higienicznym o numerze HK/B/0707/01/2010 wystawionym na rzecz producenta nawierzchni, złożonym przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, produkt Hanse Grand jest nawierzchnią mineralną zawierającą kruszywo naturalne przeznaczoną do stosowania na alejki parkowe, ścieżki rowerowe, spacerowe, edukacyjne i leśne, place zabaw, obiekty sportowe i pola golfowe.

Stwierdzić zatem należało, że Zamawiającym i Przystępującym, że treść certyfikatu oraz wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie potwierdziły, że wskazywana nawierzchnia to nawierzchnia z kamienia naturalnego. Z dokumentów wynika, iż jest to nawierzchnia mineralna, biologicznie czynna, zawierająca kruszywo naturalne. To pojecie, w ocenie składu

orzekającego, nie odpowiada pojęciu nawierzchni z kamienia naturalnego, nawet biorąc pod uwagę definicję kamienia naturalnego, na którą powoływał się na rozprawie Odwołujący. Odwołując się do aktu prawnego złożonego na rozprawie przez Odwołującego, tj. *Decyzji Komisji z dnia 25 marca 2002 roku ustanawiającej kryteria ekologiczne przyznawania wspólnotowego oznakowania ekologicznego twardym pokryciom podłogowym*, nawierzchnię Hanse Grand należało by raczej zakwalifikować nie do pojęcia kamienia naturalnego, ale do pojęcia kamienia scalonego, zaliczanego do podgrupy „produkty przetworzone”, które to produkty wytwarzane są z mieszaniny kruszywa oraz spoiwa. A zatem nie można przyznać racji Odwołującemu, że wykazał się on doświadczeniem w robotach budowlanych odpowiedniej ilości metrów, gdzie nawierzchnię wykonano z kamienia naturalnego.

Inne z wykazanych w wykazie robót zadań nie mogły być brane przy ocenie spełniania tegoż warunku pod uwagę, ponieważ prace te nie były wykonywane na terenie zespołów zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków, czemu Odwołujący nie zaprzeczał. Waloru takiego nie posiadało również zadanie wskazane jako nowe w uzupełnionym wykazie robót.

Biorąc zaś pod uwagę wykazaną ilość metrów nawierzchni typu Hanse Grand, która warunkowała potwierdzenie spełniania warunku, nie może stwierdzić, iż Odwołujący potwierdził spełnianie warunku w zakresie niezbędnego doświadczenia. Nie wykazał bowiem ułożenia 10 000 m² nawierzchni z kamienia naturalnego na terenie zespołów zabytkowych.

Kwestią drugorzędną zatem dla potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia była możliwość doliczenia w poszczególnych zadaniach ilości metrów wykonanych krawężników, albowiem biorąc pod uwagę wcześniejsze wywody Izby, nie wpłynęłoby to wykazanie spełnienia warunku udziału przez Odwołującego.

Warto również zauważyć, że to wykonawca Odwołujący się sporządzając wykaz szczegółowo wyspecyfikował poszczególne nawierzchnie, a zatem Zamawiający zobowiązany był w tym zakresie do weryfikacji prawidłowości złożonego oświadczenia, tym bardziej, że było ono niespójne.

Odnosząc się w następnej kolejności do zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem osobowym, opisanego w pkt 6.1.3. SIWZ Izba stwierdziła, że **zarzut powyższy nie zasługiwał na uwzględnienie.**

W przypadku pana Andrzeja W. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika budowy, Odwołujący nie wykazał, iż osoba ta posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Co prawda w wykazie znajduje się oświadczenie, że osoba ta posiada 18 lat pracy na stanowiskach funkcyjnych w branży budowlanej, w tym na

stanowisku kierownika budowy, jednakże zsumowanie okresów pełnienia tej funkcji na wymienionych przez wykonawcę zadaniach daje liczbę 55 miesięcy, a więc nie potwierdza wymaganego 5-letniego okresu.

W tym miejscu nie można się również zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż informacja ta podlegać może wyjaśnieniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśniać można informacje, które znajdują się w ofercie, ale z jakiś powodów są niejasne, niepełne. W zaistniałej sytuacji Odwołujący się musiałby natomiast wskazać nowe, dodatkowe zadania, które uzupełniłyby wymagany okres do 5 lat. Powyższe doprowadziłoby do pozwolenia wykonawcy na ponowne uzupełnienie oferty i kolejną jej modyfikację. Wbrew także twierdzeniom Odwołującego, w ocenie składu orzekającego, to nie forma przedstawienia informacji była przez Zamawiającego kwestionowana, ale zakres przedstawionych informacji. Dostrzeżenia wymaga fakt, że w przypadku osób w wykazie znajdującym się w ofercie, wykonawca w sposób prawidłowy określił kwalifikacje i doświadczenie osób, tak aby wynikało z wykazu spełnianie warunków udziału.

W przypadku osób wskazanych na stanowiska kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cielnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, (tj. panów Henryka K. i Dariusza P.) wykonawca Odwołujący się w wyniku uzupełnienia wykazu „Potencjał osobowy” zamieścił informację, iż nadzorowali oni roboty budowlane w swoich specjalnościach na obiektach zabytkowych. Po pierwsze podnieść należy, iż Zamawiający precyzyjnie określił warunek, wskazując, że osoby winny posiadać doświadczenie w kierowaniu robotami w danej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu budowlanego zabytkowego. W ocenie Izby nie można zakwestionować oświadczenia wykonawcy, iż dane osoby posiadają wymagany 3-letni staż w kierowaniu robotami (taka informacja wynika wprost z wykazu Odwołującego się). Nie sposób jednak uznać, że Odwołujący wykazał w przypadku obu kwestionowanych osób doświadczenie w kierowaniu robotami na obiektach zabytkowych, skoro w obu przypadkach wskazał, że osoby te nadzorowały prace na wymienionych obiektach zabytkowych. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że informacja taka stanowi informację marketingową. Dla wykonawcy działającego w branży budowlanej zapewne jasny i klarowny jest zapis ustawy Prawo budowlane, iż łączenie funkcji kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego jest niedopuszczalne (art. 24), a także, że obu tym stanowiskom przypisane są inne uprawnienia i obowiązki w toku procesu budowlanego. Skoro więc wpisano do wykazu, że dana osoba nadzorowała prace, to tym samym nie mogła ona na danej inwestycji pełnić funkcji kierownika budowy lub robót.

Biorąc pod uwagę zamieszczone w wykazie informacje oraz oświadczenia złożone przez Odwołującego nie może stwierdzić, iż Odwołujący potwierdził spełnianie warunku w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem osobowym, zatem decyzja o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa.

Nie uwzględniono wniosków oraz argumentacji Odwołującego odnoszących się do bezpodstawnego zatrzymania wadium. Przedmiotowe postępowanie dotyczy bowiem przedmiotu zamówienia o wartości nie przekraczającej kwot, od których ustawa uzależnia obowiązek przekazywania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Powyższe determinuje zakres dopuszczalnego kwestionowania w drodze odwołania czynności Zamawiającego, ograniczając je do enumeratywnie wymienionych czynności, które nie obejmują wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zatrzymania wadium. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutów bez merytorycznego ich rozpoznania.

Na marginesie tylko, w ocenie składu orzekającego, nie mającej jednak waloru przesądzającego, Odwołujący w niniejszej sprawie dołożył staranności w uzupełnieniu dokumentów na wezwanie Zamawiającego, a zatem nie zachodzą przesłanki skutkujące koniecznością zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium następuje, jeżeli wykonawca nie udowodni, że z przyczyn nieleżących po jego stronie nie mógł złożyć dokumentów lub oświadczeń. W niniejszym postępowaniu, zbyt daleko idącym wydaje się wniosek, że Odwołujący nie dochował należytej staranności i nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie ze swojej winy i konieczne jest zatrzymanie wadium. Odwołujący zareagował na wezwanie i złożył dokumenty określone i wyspecyfikowane w wezwaniu. Polemika z wezwaniem Zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów odnoszących się do wykazania niezbędnego doświadczenia określonego w SIWZ nie świadczy o niezachowaniu należytej staranności w uzupełnieniu na wezwanie. Polemikę tę można uznać za złożenie wyjaśnień i obronę stanowiska wykazania w wykazie pierwotnym spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył dokumenty w takiej formie, jaką dysponował oraz jaką uznał za stosowane i wystarczające do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że nie ostatecznie złożone dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdziły, że wykonawca spełnia warunki udziału

w postępowaniu, wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty uznano za prawidłowe, jednakże działania Odwołującego nie sposób uznać za zawinione.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania - Zamawiającego, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczalnej rozporządzeniem, tj. 3 600 zł.

Przewodniczący:

.....