

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**
Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna, ul. 24 Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn-Koźle (pełnomocnik wykonawców), 2) Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąsy, 3) Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ADAC-LEWAR Spółka cywilna Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń, 4) SPEC-BRUK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Oświęcimska 69, 32-590 Libiąż**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole**,

przy udziale wykonawcy - **Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe”, ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót

1

Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna, ul. 24 Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn-Koźle (pełnomocnik wykonawców), 2) Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąsy, 3) Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ADAC-LEWAR Spółka cywilna Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń, 4) SPEC-BRUK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Oświęcimska 69, 32-590 Libiąż, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna, ul. 24 Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn-Koźle (pełnomocnik wykonawców), 2) Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąsy, 3) Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ADAC-LEWAR Spółka cywilna Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń, 4) SPEC-BRUK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Oświęcimska 69, 32-590 Libiąż, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1286 i Nr 240, poz. 1429), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt KIO 637/12

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Opole, Rynek-Ratusz z siedzibą w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane „Budowa węzła komunikacyjnego obwodnicy północnej (drogi krajowej) z drogą wojewódzką nr 454 (ul. Budowlanych – Sobieskiego)”, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 stycznia 2012 r., nr 2012/S 5-007183.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Kędzierzyn-Koźle,
 - 2) Himmel i Papesch Opole Spółka z o.o., Czarnowąsy,
 - 3) Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ADAC-LEWAR s.c. Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk, Przystajń,
 - 4) SPEC-BRUK Spółka z o.o. Spółka komandytowa, Libiąż,
- (pełnomocnik – Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Kędzierzyn-Koźle)

– wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, od:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy Zbigniewa Ziajki, występującego pod firmą „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe”, Wrocław, zwanego dalej „Zbigniew Ziajka”, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów załączonych do oferty tego wykonawcy,
- 2) dokonania czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Zbigniewa Ziajki.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zaniechanie i dokonanie powyższych czynności naruszyło przepis art. 26 ust. 4 ustawy, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 ustawy.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne:

1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana „siwz”, zawiera m.in. następujące postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

- 1) warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest legitymowanie się przez wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, m.in. budowy jednego obiektu mostowego o długości co

3

najmniej 50 m klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030 (pkt 2.B tiret pierwsze, Instrukcji dla wykonawców, oznaczanej dalej skrótem IDW, stanowiącej część trzecią siwz),

- 2) warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest dysponowanie kierownikiem robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych i wykazującym się doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową co najmniej jednego obiektu mostowego klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030 (pkt 3.h) IDW).

2. W odpowiedzi na pytanie zadane w toku postępowania przez jednego z wykonawców, zamawiający wyjaśnił w swoim piśmie znak: IM-ZP.271.3.26.2011 z dnia 20 stycznia 2012 r., że przez budowę obiektu mostowego, będącą wskazanym w pkt 2.B tiret pierwsze IDW, warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, należy rozumieć wykonanie obiektu mostowego stanowiącego całość techniczno-użytkową.

3. Z „Wykazu robót budowlanych i usług...” zawartego na str. 10 oraz listu referencyjnego zawartego na str. 16-18 oferty Zbigniewa Ziajki wynika, że:

- 1) jedynymi robotami budowlanymi, które ze względu na swój rodzaj (budowa) i parametry (obiekt mostowy o długości co najmniej 50 m klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030) mogą odnosić się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 2.B tiret pierwsze IDW, jest wykonanie – stanowiącego, jak określono w wykazie robót, całość techniczno-użytkową – wiaduktu drogowego WD-1 w ciągu trasy Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej Wrocławia nad dwutorową magistralną linią kolejową Nr 271 (E 59),
- 2) budowa tego wiaduktu zrealizowana została przez Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółkę z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, jako podwykonawcę firmy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, w ramach zadania pn. „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)”, przy czym na str. 19 oferty Zbigniewa Ziajki znajduje się zobowiązanie Przedsiębiorstwa Budowlanego „FILAR” Spółki z o.o. do oddania Zbigniewowi Ziajce do dyspozycji wiedzy i doświadczenia tej spółki na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

4. Z „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, zawartego na str. 32-38 oferty Zbigniewa Ziajki, wynika m.in., że:

- 1) w wykonaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania będzie uczestniczył, jako kierownik robót mostowych, Janusz K.,
- 2) jedynymi robotami budowlanymi, którymi kierował Janusz K., odpowiadającymi swym

4

rodzajem (budowa) i parametrami (obiekt mostowy klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030), warunkowi doświadczenia zawodowego wymaganego od kierownika robót mostowych w pkt 3.h IDW, są:

- a) budowa wiaduktów drogowych o nośności klasy B nad linią kolejową zrealizowana w ramach zadania pn. „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)”,
- b) budowa wiaduktu tramwajowego o nośności klasy B nad linią kolejową zrealizowana w ramach zadania pn. „Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego w rejonie Stadionu EURO 2012 – węzeł Stadion EURO 2012 – zadanie 5.2. w ramach projektu Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji i we Wrocławiu – etap I”.

5. Pismem znak: PRDiM S.A./TOU/78/2012 z dnia 14 marca 2012 r. odwołujący zwrócił zamawiającemu uwagę, że z listu referencyjnego zawartego na str. 16-18 oferty Zbigniewa Ziajki, określającego m.in. zakres robót wykonanych przez „FILAR” Spółkę z o.o., przy budowie wiaduktu drogowego WD-1 w ciągu trasy Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej Wrocławia nad dwutorową magistralną linią kolejową Nr 271 (E 59), nie wynika, że „FILAR” Spółka z o.o. wykonała ten wiadukt jako całość techniczno-użytkową (pismo zostało załączone do odwołania).

6. Pismem znak: PRDiM S.A./PP/77/2012/AR z dnia 21 marca 2012 r. odwołujący zwrócił się do Wrocławskich Inwestycji Miejskich – Spółki z o.o. we Wrocławiu, jako zamawiającego – budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej), o udostępnienie w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej dzienników tej budowy. Z dzienników wynika, że Janusz K. nie pełnił funkcji ani kierownika wzmiankowanej budowy, ani funkcji kierownika robót mostowych, realizowanych w ramach tej budowy (pismo odwołującego oraz kopie dzienników budów wiaduktów drogowych: WD-1 nr 61 i tom II, TK-1 nr 62 i tom II – zostały załączone do odwołania).

7. Z pkt 6.2 i tablic nr 3 i 4 zawartych w tym punkcie oraz z pkt 6.6.1 Polskiej Normy PN 85/S-10030 wynika, że:

- 1) klasa B jest jedną z pięciu klas (A, B, C, D, E) klasyfikacji obiektów mostowych w ciągu dróg samochodowych ze względu na wartość obciążeń tych obiektów taborem samochodowym,
- 2) obciążenie taborem tramwajowym, stosowane do obliczeń obiektów mostowych służących transportowi samochodowemu i tramwajowemu lub wyłącznie tramwajowemu, należy przyjmować, jako obciążenie niezależne od klas obciążenia taborem samochodowym.

za pośrednictwem faksu tego dnia, zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Zbigniewa Ziajki, jako najkorzystniejszej. Z protokołu postępowania i załączonych do niego dokumentów wynika, że zamawiający nie wzywał Zbigniewa Ziajki do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów zawartych w jego ofercie, a także nie podjął innych działań zmierzających do ustalenia, czy:

- 1) „FILAR” Spółka z o.o., istotnie zbudowała wiadukt drogowy WD-1 w ciągu trasy Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej Wrocławia nad dwutorową magistralną linią kolejową Nr 271 (E 59) jako całość techniczno-użytkową?,
- 2) Janusz K., rzeczywiście pełnił funkcję kierownika robót mostowych przy budowie wiaduktów drogowych w ramach realizacji zadania pn. „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)?,
- 3) wiadukt tramwajowy nad linią kolejową wybudowany w ramach realizacji zadania pn. „Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego w rejonie Stadionu EURO 2012 – węzeł Stadion EURO 2012 – zadanie 5.2”, którą to budowę kierował Janusz K., istotnie jest obiektem mostowym klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030?

Odwołujący wskazał, że zaniechanie przez zamawiającego wezwania Zbigniewa Ziajki do złożenia wyjaśnień i niepodjęcie innych działań zmierzających do dokonania ustaleń w kwestiach wskazanych w pkt 8, w kontekście okoliczności podniesionych w pkt 1-7 uzasadnienia, stanowi ewidentne naruszenie art. 26 ust. 4, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 Pzp.

Powyższe stanowisko odwołujący uzasadnił następująco:

A. Treść opisu robót wykonanych przez „FILAR” Spółkę z o.o. przy budowie wiaduktu drogowego WD-1 w ciągu trasy Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej Wrocławia nad dwutorową magistralną linią kolejową Nr 271 (E 59), zamieszczonego w liście referencyjnym zawartym na str. 16-18 oferty Zbigniewa Ziajki, nasuwa wątpliwości, czy „FILAR” – Spółka z o.o. wybudowała wiadukt, jako całość techniczno-użytkową, co było warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, określonym w pkt 2.B tiret pierwsze IDW i zinterpretowanym przez zamawiającego w piśmie do wykonawców znak: IM-ZP.271.3.26.2011 z dnia 20 stycznia 2012 r. Wątpliwości zostały wprost wskazane i uzasadnione w piśmie odwołującego znak: PRDiM S.A./TOU/78/2012 z dnia 14 marca 2012 r. skierowanym do zamawiającego jeszcze przed rozstrzygnięciem postępowania.

Zamawiający nie wezwał jednak Zbigniewa Ziajki do złożenia wyjaśnień ani nie podjął innych działań zmierzających do potwierdzenia lub oddalenia wątpliwości, mimo iż ewentualne ich potwierdzenie mogłoby skutkować stanem braku potwierdzenia w ofercie Zbigniewa Ziajki spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 2.B tiret pierwsze IDW, ze wszystkimi tego konsekwencjami wynikającymi

z przepisów Pzp.

B. Dokonane przez odwołującego i opisane w pkt 6 uzasadnienia ustalenia, co do osób kierujących budową i robotami mostowymi w ramach realizacji zadania pn. „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)”, jednoznacznie świadczą o tym, że wbrew informacji zamieszczonej w „Wykazie osób, które uczestniczyć będą w wykonaniu zamówienia”, zawartym na str. 32-38 oferty Zbigniewa Ziajki, Janusz K. nie kierował ani tą budową ani wykonaniem w jej ramach wiaduktów drogowych. Ponadto, analiza Polskiej Normy PN 85/S-10030, przeprowadzona w pkt 7 uzasadnienia nasuwa wątpliwości, czy wskazany w wykazie wiadukt tramwajowy nad linią kolejową wybudowany w ramach realizacji zadania pn. „Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego w rejonie Stadionu EURO 2012 – węzeł Stadion EURO 2012 – zadanie 5.2”, którą to budowę kierował Janusz K., istotnie jest obiektem mostowym klasy B lub wyższej wg wskazanej Polskiej Normy. Polska Norma musiała być znana zamawiającemu, gdyż odwołał się do niej, zarówno w opisie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jak i w opisie kwalifikacji i doświadczenia, wymaganych od osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót mostowych. Zamawiający przeszedł do

porządku dziennego nad omawianymi wątpliwościami, nie wzywając Zbigniewa Ziajki do ich wyjaśnienia, ani nie podejmując innych działań zmierzających do potwierdzenia lub oddalenia wątpliwości. Odwołujący podniósł, że ewentualne potwierdzenie omawianych wątpliwości, przy wykazanej wyżej nieprawdziwości informacji zawartej w ofercie Zbigniewa Ziajki, o kierowaniu przez Janusza Kanię wykonaniem wiaduktów drogowych w ramach budowy Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej), mogłoby skutkować stanem braku potwierdzenia w ofercie spełnienia przez Zbigniewa Ziajkę warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji i doświadczenia zawodowego wymaganych w pkt 3. h) IDW od kierownika robót, a nawet zarzutem zawarcia w tej ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, ze wszystkimi tego konsekwencjami wynikającymi z przepisów Pzp.

Rekapitułując całość powyższych wywodów, odwołujący stwierdził, że zaniechanie przez zamawiającego wezwania Zbigniewa Ziajki do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów zawartych w jego ofercie i niepodjęcie innych działań zmierzających do potwierdzenia lub oddalenia wątpliwości wynikających z treści tych dokumentów, stanowiło ewidentne naruszenie art. 26 ust. 4 i Pzp i powodowało, że wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej, dokonany został z pogwałceniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jako potwierdzenie zasadności podanej tezy wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 49/12 (LEX nr

7

1109084), w którego uzasadnieniu stwierdzono (cyt.): „Zamawiający nie może domniemywać wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, to wykonawca zobowiązany jest w sposób zdefiniowany ustawą wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązkiem temu odpowiada jednak wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące złożonych wraz z ofertą dokumentów (oświadczeń) w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 p.z.p.)”.

Odwołujący uznał, że w tym stanie rzeczy zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu, są w pełni uzasadnione faktycznie i prawnie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy, po stronie zamawiającego Zbigniew Ziajka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” we Wrocławiu, zwany „uczestnikiem postępowania” lub „przystępującym”, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. W zgłoszeniu przystąpienia uczestnik postępowania odwoławczego wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu Izby na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Podniósł, że ze względu na nieudzielenie pełnomocnikowi wykonawców wnoszących odwołanie, pełnomocnictwa procesowego na podstawie art. 87 § 1 lub 2 Kpc, odwołanie wniesione na podstawie pełnomocnictw załączonych do odwołania, udzielonych na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy, nie spełnia przesłanek właściwego umocowania pełnomocnika do postępowania przed organem sądowym, jakim jest KIO. W ocenie uczestnika postępowania odwoławczego, odwołanie powinno być podpisane przez wszystkich uczestników konsorcjum. Wniósł również o odrzucenie odwołania z powodu braku wskazania w treści odwołania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. pominięcie w treści odwołania wymogu konstrukcyjnego dotyczącego wykazania interesu przez odwołującego, bądź również o oddalenie odwołania wobec braku wykazania przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, brak instytucji gravamen, tj. instytucji pokrzywdzenia, jako podstawy do korzystania ze środków zaskarżenia przez stronę pokrzywdzoną działaniem lub zaniechaniem organu. Wniósł też o oddalenie odwołania, jako niezasadnego i dodatkowo z powodu, wniesienia odwołania przez wykonawcę, który nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, przy zarzutach, jakie sformułował w odwołaniu.

Podał, że wskazane naruszenie przepisów ustawy – art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1, może być przywoływane w interesie uczestnika postępowania, którego dotyczą zarzuty (tj. przystępującego), jako konwalidacja dokumentów załączonych do jego oferty, natomiast nie

może być przywoływane w interesie odwołującego. Podniósł, że oferta uczestnika postępowania jest najkorzystniejsza, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 Pzp, zarówno w znaczeniu formalnym, jak i materialnym. Przedstawione wraz z ofertą dokumenty stanowią dostateczne uzasadnienie dla uznania oferty za niewadliwą i najkorzystniejszą, przy różnicy w cenie ofert około 2 mln zł. Przystępujący podniósł, że nie wystąpiło w toku badania i oceny kwestionowanej oferty, zaniechanie czynności przez zamawiającego. Uczestnik postępowania odwoławczego podał, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut podniesiony w uzasadnieniu odwołania, jakoby obiekt mostowy dotyczący Budowy zintegrowanego węzła przesiadkowego w rejonie Stadionu EURO 2012, węzeł stadion EURO 2012, nie spełniał warunków określonych w siwz. Z oświadczenia z dnia 04.04.2012 r. Zakładu Nowych Technologii i Wdrożeń „INMOST-PROJEKT” Sp. z o.o. z Gliwic wynika, że wiadukt winien być sklasyfikowany w kategorii dla ciężaru łącznego pojazdu 300 kN wg normy PN 85-/S 10030 (oświadczenie z dnia 04.04.2012r. zostało załączone do zgłoszenia przystąpienia).

W zakresie dalszej treści odwołania, uczestnik postępowania wskazał, co następuje. Zgodnie z IDW (integralna część siwz), str. 11 (w rozdziale Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków), wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia (...) niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W następnym akapicie wskazano, że: „Dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie złożonych w ofercie wykonawcy oświadczeń i dokumentów. Zamawiający sprawdzi kompletność dokumentów, a następnie dokona sprawdzenia spełnienia warunków według zasady spełnia/nie spełnia, co musi wynikać jednoznacznie z treści oświadczeń i dokumentów. Uznał, że zarzuty podniesione przez odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Podał, że z przepisu art. 26 ust. 4 Pzp nie wynika, aby czynności zamawiającego w celu ustalenia spełnienia kryteriów udziału w postępowaniu, przybierały formę dochodzenia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1178/10, w którym wskazano, iż zamawiający powinien badać złożone przez wykonawców oświadczenia, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, „choć oczywiście nie wymaga się od niego prowadzenia czynności śledczych w stosunku do ofert i złożonych dokumentów i oświadczeń, powinien jednak reagować na otrzymane w tym zakresie sygnały.”

Wskazał, że w postępowaniu ani odwołujący, ani pozostali uczestnicy nie zgłaszali żadnych

zastrzeżeń, co do osoby Janusza Kani, jako kierownika budowy, aż do czasu złożenia odwołania. W szczególności przystępujący uznał, że wbrew oczekiwaniom odwołującego, badanie wpisów w dziennikach budów w celu wykazania doświadczenia, wykracza poza zakres badania ofert, które nie znajduje uzasadnienia w obowiązках zamawiającego. Nie było również podstaw, w ocenie przystępującego, aby powstały wątpliwości dotyczące udostępnianego Zbigniewowi Ziajce, który przedstawił umowę doświadczenia podwykonawczą nr 0432/D16127/1162/09 z dnia 26 marca 2009 r., na zadanie „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu, zawartej pomiędzy Skanska S.A., a Przedsiębiorstwem Budowlanym „FILAR” Sp. z o.o., z której wynika, że Janusz K. był wyznaczony na kierownika robót Podwykonawcy. Przystępujący przedstawił ponadto pozostałe dokumenty, z których wynikało, że Janusz K. spełnia wymogi doświadczenia. Uczestnik postępowania odwoławczego w dalszej części wskazał, że nie jest zasadny zarzut braku doświadczenia w wykonaniu obiektów mostowych. Podał, że do jego dyspozycji pozostaje Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu, podnosząc jednocześnie, że spółka wykonała obiekt mostowy o długości przekraczającej 50 m klasy B wg PN-85/8-10030, tj. wiadukt WD-1 w ciągu trasy Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej Wrocławia nad dwutorową magistralą kolejową nr 271 (E 59). Uznał, że zarzuty, iż powyższy obiekt nie stanowił całości techniczno-użytkowej z powodu nie wykonania przez spółkę PB

„FILAR” Sp. z o.o. części robót, nie zasługują na uwzględnienie.

Stwierdził również, że w piśmie z dnia 14 marca 2012 r. wystosowanym do zamawiającego, odwołujący nie wskazał, którego obiektu mostowego dotyczą zarzuty, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że może to być któryś z obiektów wskazanych w ofercie przystępującego, tj. wiadukt drogowy WD-1 albo wiadukt drogowy TK-1. Podał, że zarzut zawarty w piśmie jest sformułowany alternatywnie, a tym samym jest nieprecyzyjny. Z tego też powodu nie może być uwzględniony.

Dodatkowo wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający udzielił wyjaśnień co do treści siwz (pismo z dnia 20 stycznia 2012 r., znak: IM-ZP.271.3.26.2011), wskazując, iż przez „Przez pojęcie budowa obiektu mostowego należy rozumieć wykonanie obiektu mostowego stanowiącego całość techniczno-użytkową”. Stwierdził, że przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane nie zawierają definicji pojęcia „całość techniczno-użytkowa”, wobec czego uzasadnione jest dokonanie wykładni językowej oraz odesłanie do interpretacji zawartych w orzecznictwie sądowym. Wywiódł, że na pojęcie „całości techniczno-użytkowej” składają się dwa elementy, tj. całość techniczna i całość użytkowa obiektu mostowego, występujące jednocześnie. Stwierdził, że pojęcie „użytkowości” należy interpretować przez pryzmat funkcji. Całość użytkowa, jest to zespół elementów technicznych celowo zgromadzonych dla pełnienia samodzielnej, odrębnej funkcji użytkowej (wyrok NSA z dnia 1 lutego 2007 r., sygn. akt II OSK 813/2006). Odnosząc się do

10

wymogu przedstawionego przez zamawiającego, stwierdził, że jest on spełniony w sytuacji, gdy wykonawca legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu takiego zakresu robót budowlanych (całości technicznej), które doprowadziły do powstania samodzielnego obiektu, mogącego pełnić funkcje obiektu mostowego. Z powyższego wynika, że przedmiotowy wymóg jest spełniony w sytuacji, gdy wykonawca zrealizował taką część robót budowlanych, która pod względem technicznym była wystarczająca do powstania obiektu, który może spełniać funkcje obiektu mostowego. Pojęcie obiektu mostowego zostało zdefiniowane w akcie wykonawczym do ustawy Prawo budowlane, tj. rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Przepis § 3 pkt 1 rozporządzenia definiuje obiekt mostowy, jako „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę”. Zatem, warunek doświadczenia będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że zrealizował zakres robót budowlanych, które doprowadziły do powstania obiektu budowlanego, przeznaczonego do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę. Wobec tego, że zamawiający nie podał w siwz, ani w jej załącznikach innej definicji obiektu mostowego, to uzasadnione jest przyjęcie definicji obowiązującej na gruncie cytowanego rozporządzenia wykonawczego, które ujmuje obiekt mostowy przede wszystkim w kategoriach funkcjonalnych tj. przeznaczenia obiektu. Z opisowej części definicji wynika również, że obiekt mostowy jest „budowlą (...) nad przeszkodą terenową”.

Przystępujący uznał, że obiekt wykonany przez PB „FILAR” Sp. z o.o. nie może pozostawać poza kwalifikacją wynikającą z powyższej definicji z tego powodu, iż część prac pobocznych i przygotowawczych przy jego budowie, takich jak ścinanie drzew, humusowanie, była zrealizowana przez innych wykonawców. Wymienione przez odwołującego prace nie są pracami, których rodzaj lub zakres doprowadziłby do powstania cech charakterystycznych w rozumieniu przepisu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane, co decydowałoby o wybudowaniu obiektu mostowego, jako nowej budowli. Biorąc pod uwagę definicję obiektu mostowego wskazaną w rozporządzeniu akcentującą przede wszystkim przeznaczenie obiektu mostowego, a w części opisowej wskazującą, że jest to budowla nad przeszkodą, jako essentialia tejże definicji, nie można uznać, aby niewykonanie takich prac, jak montaż słupów oświetleniowych, czy też wykonanie dojazdów do obiektu i wykonanie warstwy ścieralnej nawierzchni, pozbawiło wykonaną budowlę waloru całości techniczno-użytkowej. Podniósł, że zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi

11

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazał, że, jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp i art. 6 Kodeksu cywilnego, na odwołującym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wystąpienia naruszenia przepisów ustawy mający wpływ lub mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W tym też zakresie podnoszenie jedynie wątpliwości odwołującego, bez jednoznacznego udowodnienia stwierdzenia naruszenia ustawy, nie jest wystarczającą przesłanką do uznania odwołania. Wskazał, że zamawiający w ramach opisu warunków udziału w zakresie posiadanego potencjału kadrowego, wymagał od wykonawców (punkt 3. h siwz) dysponowania kierownikiem robót:

- z uprawnieniami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń,
- posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych;
- wykazującym się doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową, co najmniej 1 obiektu mostowego klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030.

Przystępujący stwierdził, że w tym zakresie wskazał w ofercie na dysponowanie osobą Janusza Kani, podając równocześnie wymagane informacje na temat jego wykształcenia oraz doświadczenia zawodowego.

Podał, że teza odwołującego, iż przystępujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym obiektu mostowego klasy B, gdyż „Janusz K. nie pełnił funkcji ani kierownika wzmiankowanej, ani funkcji kierownika robót mostowych realizowanych w ramach tej budowy”, przeczy treści warunku postawionego przez zamawiającego. Zgodnie z treścią warunku, wskazywana osoba powinna się charakteryzować „doświadczeniem przy robotach budowlanych związanych z budową” określonego obiektu mostowego.

Zamawiający nie wymagał zatem, by doświadczenie przy określonych robotach budowlanych obejmowało pełnienie funkcji kierownika budowy lub robót budowlanych (mostowych).

Stwierdził, że tym samym, postawiony zarzut należy uznać za całkowicie bezpodstawny.

Powołując się na orzecznictwo KIO podał, że wymogi zamawiającego zawarte w siwz należy odczytywać literalnie, bowiem „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp), a dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego podstawowe znaczenie ma przede wszystkim literalne brzmienie postanowień siwz” (wyrok z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09. Wskazał także na stosowanie do interpretacji postanowień siwz art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a zatem należy dokonywać interpretacji kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1648//09).

Niezależnie od powyższego wskazał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego Janusz K. pełnił

12

funkcję kierownika robót mostowych przy realizacji przedsięwzięcia Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej Wrocławia. Zgodnie z treścią umowy zawartej przez „FILAR” Sp. z o.o. (podwykonawca) ze Skanska S.A. (wykonawca), przedmiotem obowiązków podwykonawcy była kompleksowa budowa wiaduktów WD-1 oraz TK-1 wraz ze wszelkimi pracami i świadczeniami towarzyszącymi. Podwykonawca był w szczególności zobowiązany do ustanowienia na budowie kierownika robót, w zakresie obowiązków powierzonych podwykonawcy, a funkcję tę zgodnie z umową pełnił Janusz K. (kopia umowy z dnia 26 marca 2009 r. – dwie pierwsze strony).

Biorąc pod uwagę podniesioną argumentację uznał, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Reasumując, wskazał, że wbrew stanowisku odwołującego, nie występuje w ocenianej kwestii obraza art. 26 ust. 4 Pzp, a przy tym:

- 1) odwołujący się nie ma interesu w tym, aby domagać się od zamawiającego wyjaśnienia wątpliwości w ofercie innego wykonawcy. Podniesiony w tym zakresie zarzut odwołującego należy uznać za chybiony,
- 2) rzekomym naruszeniem przepisu art. 26 ust. 4 Pzp odwołujący nie jest w najmniejszym stopniu pokrzywdzony (brak graveman). Zaniechanie nie dotyczyło bowiem jego praw lub obowiązków (dla jego sytuacji prawnej było ono ambiwalentne),
- 3) zamawiający, podobnie jak przystępujący prezentują stanowisko, że nie było potrzeby korzystania z przepisu art. 26 ust. 4 Pzp. Podmiot trzeci nie ma prawa kwestionować, z wykorzystaniem instytucji odwołania w rozumieniu Pzp, ocen które nie dotyczą jego

sytuacji prawnej,

- 4) zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp jest nieuprawniony w sytuacji, gdy podnosi ten zarzut podmiot, którego owo zaniechanie nie dotyczyło. Odmienne stanowisko zbliżone byłoby do sytuacji uszczęśliwiania na siłę podmiotu, którego naruszenie przez zaniechanie miałyby dotyczyć,
- 5) domagając się unieważnienia czynności wyboru i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odwołujący nie uzyska satysfakcjonującej ochrony. Skoro czynności zostaną powtórzone i KIO udzieli wytycznych, że należy wyjaśnić zgłoszone wątpliwości, to zamawiający zastosuje się do tego. Wątpliwości zostaną wyjaśnione w ramach ponownego badania ofert, jednak przy różnicy cen ofertowych na poziomie 2.000.000 zł, oferta przystępującego nadal pozostanie najkorzystniejsza.

Przystępujący wskazał, że KIO bierze pod uwagę stan faktyczny i prawny dokumentów w dacie orzekania (zamknięcia rozprawy – w analogiczny sposób ujmie to przepis art. 316 Kpc), zatem przystępujący wyjaśnia powyżej wątpliwości (nie istniejące po stronie zamawiającego) przedstawione w uzasadnieniu odwołania. Wyjaśnienie wątpliwości pozwoli realizować zasadę ekonomiki procesowej i postulat szybkości postępowania o zamówienie

13

publiczne. Jest to zatem kierunek działania pożądaný przez ustawodawcę. Takiego także postępowania oczekuje zapewne zamawiający, który pragnie zrealizować zadanie w przyjętych terminach i przy wykorzystaniu najkorzystniejszej oferty.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, przystępujący stwierdził, że i w tym przypadku odwołujący przez implikację (z naruszenia art. 26 ust. 4 wynika naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp) dowodzi, że występuje w ochronie naruszonych praw przystępującego. Skoro jednak nie doszło do obrazy przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, to tym samym nie mogło to skutkować naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zaniechaniem zamawiającego nie został pokrzywdzony odwołujący. Jego sytuacja prawna nie doznała uszczerbku przez nierówne potraktowanie w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji. Dwukrotnie dopytał przystępującego w kwestiach, w których pojawiły się wątpliwości. Nie znalazł przyczyn, aby to czynić po raz kolejny w sprawie przedstawionej w odwołaniu.

Zamawiający Miasto Opole, Rynek-Ratusz z siedzibą w Opolu wniósł, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy, pisemną odpowiedź na odwołanie, składając pismo na posiedzeniu Izby, w którym podał, że badając ofertę i dokumenty, które zostały złożone przez firmę „Zajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe”, stwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Zamawiający uznał, że nie miał podstaw do wezwania firmy „Zajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, dotyczących dokumentów zawartych w ofercie odnoszących się:

- 1) doświadczenia wykazanego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a oddanego do dyspozycji przez inny podmiot tj. Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o.,
- 2) doświadczenia osoby (Janusz K.) zaproponowanej do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych.

Ad 1. Zamawiający w specyfikacji żądał w zakresie wiedzy i doświadczenia spełnienia następującego warunku: wykonawca wykaże:

A. - dokumentację projektową budowy obiektu mostowego klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030,

- dokumentację projektową budowy/przebudowy drogi min. klasy G bądź układu komunikacyjnego,

- dokumentację projektową budowy/przebudowy infrastruktury występujących branż, tj. sanitarnej, elektroenergetycznej, teletechnicznej.

Wymienione projekty mogą być wykazane jako wykonane oddzielnie lub łącznie w jednym

14

zadaniu.

B. - budowę 1 obiektu mostowego o długości co najmniej 50 m klasy B lub wyższej wg PN-

85/S-10030,

- budowę/przebudowę drogi min. klasy G,
- budowę/przebudowę min. 1 ronda,
- budowę/przebudowę sieci teletechnicznej,
- budowę/przebudowę sieci elektroenergetycznej,
- budowę/przebudowę sieci kanalizacji deszczowej,
- budowę/przebudowę sieci gazowej.

Wymienione roboty budowlane mogą być wykazane jako wykonane oddzielnie lub łącznie w jednym zadaniu. Wykonawca może wykazać doświadczenie, o którym mowa w pkt A i B jako wykonane łącznie w jednym zadaniu.

W postępowaniu jeden z wykonawców złożył zapytanie, czy przez pojęcie „budowa obiektu mostowego” może być rozumiana przebudowa lub odbudowa obiektu mostowego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r., art. 3 pkt 6 i 7a.

Zamawiający pismem znak: IM-ZP.271.3.26.2011 z dnia 20.01.2012 r. udzielił wyjaśnień, że przez pojęcie „budowa obiektu mostowego” należy rozumieć wykonanie obiektu mostowego stanowiącego całość techniczno-użytkową.

W ofercie firmy „Ziąjka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” zostało złożone oświadczenie w formie wykazu robót budowlanych i usług wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat (str. 10-12) w którym wykonawca w pkt 2 B. wpisał min. cyt. „wykonanie obiektu mostowego stanowiącego całość techniczno-użytkową. Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej, budowa wiaduktów drogowych WD-1 i TK-1...”. Z oświadczenia wynikało również, że wskazane doświadczenie jest oddane do dyspozycji przez inny podmiot, tj. Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. Do oświadczenia zostały dołączone referencje (str. 16-18) i zobowiązanie (str. 19).

Złożone dokumenty nie budziły wątpliwości zamawiającego i wypełniały zakres żądań w odniesieniu do postawionego warunku budowy 1 obiektu mostowego o długości co najmniej 50 m klasy B lub wyższej wg PN-85/S-10030.

W ocenie zamawiającego, żądanie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp było niezasadne. Dokument referencji (lub jakiegokolwiek inny dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (wyroki: KIO/UZP 1221/09, KIO/UZP 1500/09, KIO 2212/10). Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Natomiast dokumentem służącym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót.

15

Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność co do formy i treści referencji.

Ustosunkowując się do zarzutu zamawiającego, że roboty podane przez wykonawcę – wiadukty drogowe nie stanowią całości techniczno-użytkowej, gdyż nie obejmowały innych czynności, które mogłyby świadczyć o całości techniczno-użytkowej, zamawiający podał, co następuje. Wyjaśnienie dotyczyło obiektu mostowego, a nie węzła komunikacyjnego, który stanowi temat dopuszczenia do użytkowania przez Nadzór Budowlany, jako całości techniczno-użytkowej wraz z instalacjami i urządzeniami, zgodnie z treścią art. 3 pkt 1 b Prawa budowlanego. Roboty budowlane, wymienione przez odwołującego, są robotami pomocniczymi, nie muszą koniecznie występować na każdym obiekcie mostowym, a ich brak w referencjach wystawionych dla firmy „FILAR” nie stanowi elementu podważającego wykonanie obiektu mostowego, jako całości techniczno-użytkowej. Ponadto, z treści referencji wynika dosłownie, że firma „FILAR” wykonała budowę wiaduktu drogowego WD-1, a zatem przedstawione dokumenty potwierdziły posiadanie doświadczenia przez wykonawcę.

Ad 2. W ocenie zamawiającego, zarzut odwołującego dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie doświadczenia Janusza Kani zaproponowanego do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych, nie znajduje uzasadnienia.

W ofercie (str. 34 pkt 8.1) wykonawca wykazał, że pan Janusz K. był kierownikiem robót mostowych przy budowie północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej. Był to wiadukt drogowy nad linią kolejową o nośności klasy B. Tym samym wykonawca spełnił minimalne warunki postawione przez zamawiającego.

Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę. Złożone dokumenty w ofercie – oświadczenie w formie wykazu zawierające osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, potwierdzały spełnienie warunków określonych dla osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót mostowych.

Odwolujący zarzucił, że zamawiający nie rozwiął wątpliwości dotyczących doświadczenia Janusza Kani. Zamawiający podkreślił, że oferta nie nasuwała w tej mierze wątpliwości, że informacje są niepełne, nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu, zawierają nieścisłości kwalifikujące się do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W ocenie zamawiającego, wykonawca spełnił minimalne warunki postawione przez zamawiającego. Zamawiający, mając wykazane w ofercie (str. 34 pkt 8.4) doświadczenie osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót mostowych ponad obowiązkowe minimum, nie miał obowiązku oceniania pozostałego doświadczenia. Zarzut w tym zakresie, że zamawiający przeszedł do porządku dziennego i nie wyjaśnił wątpliwości (wątpliwości

16

odwołującego) i nie podjął innych działań (jakich?) zmierzających do potwierdzenia lub oddalenia tych wątpliwości, jest niezasadny. Niezależnie od powyższego, zamawiający zaznaczył, że to zamawiający dokonuje badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert. Złożenie (przed wyborem oferty najkorzystniejszej) przez odwołującego pisma zawierającego uwagi do oferty „Zajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe” i oczekiwanie od zamawiającego reakcji w postaci wezwań do wyjaśnień, nie powinno mieć miejsca. Zamawiający stwierdził, że winien zachować bezstronność i nie może ulegać sugestiom odwołującego. Zgodnie z art. 7 ust. 2 Pzp, czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia winny zapewnić bezstronność i obiektywizm. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie. Wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp kierowane były do tych wykonawców, których dokumenty złożone w ofertach budziły wątpliwości zamawiającego. Treść tych wezwań zależała od rodzaju powziętej wątpliwości w trakcie badania i oceny ofert. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze stan faktyczny przedstawiony przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwolanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, jak podnosił przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego i na posiedzeniu Izby. Mając na uwadze przepis art. 185 ust. 5 ustawy, stanowiący, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (...), uczestnik postępowania odwoławczego cofnął wniosek w sprawie odrzucenia odwołania z powodu pełnomocnictwa, stanowiącego umocowanie do wniesienia odwołania.

Zamawiający nie sformułował podobnego zarzutu, nie wniósł również o odrzucenia odwołania na jakiegokolwiek innej podstawie faktycznej czy prawnej.

Izba z urzędu ocenia odwołanie w kontekście przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy (odrzuć odwołanie na posiedzeniu w razie stwierdzenia okoliczności podanych w pkt 1-7 przepisu).

Z akt sprawy wynika, że odwołanie zostało wniesione przez członków zarządu Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. Kędzierzyn-Koźle, które to przedsiębiorstwo zostało ustanowione pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum), na podstawie pełnomocnictw udzielonych w dniu 6 lutego 2012 r. W treści pełnomocnictw wskazano w pkt 5 umocowanie pełnomocnika do

17

wnoszenia w imieniu Konsorcjum do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołań od czynności podjętych lub zaniechanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 180 ust. 1 Pzp oraz reprezentowania Konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą w postępowaniach odwoławczych toczących

się w wyniku wniesienia tych odwołań. W pkt 6 i 7 pełnomocnictw wyszczególniono dalsze umocowania (przystąpienia do postępowań odwoławczych wraz z reprezentacją przed Izbą oraz wnoszenia skarg na orzeczenia Izby i reprezentacji przed właściwym sądem). Umocowano pełnomocnika również do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie wskazanym w pełnomocnictwach. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem materialnym, a nie procesowym, co wynika z art. 14 ustawy (do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej). Przepis art. 98 Kc wskazuje rodzaje pełnomocnictw (ogólne, rodzajowe lub do poszczególnych czynności). Przepis art. 99 Kc stanowi o formie pełnomocnictwa. Pełnomocnictwa załączone do odwołania są pełnomocnictwami rodzajowymi udzielonymi na podstawie przepisów prawa materialnego. Wbrew stanowisku uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem sądowym i do wniesienia odwołania do Prezesa Izby i reprezentowania odwołującego na posiedzeniu (rozprawie) Izby, nie jest wymagane pełnomocnictwo procesowe udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 i 2 Kpc. Przepis art. 185 ust. 7 ustawy stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Przepisy o sądzie polubownym nie zawierają odesłania, zarówno do części ogólnej Kodeksu postępowania cywilnego, jak też do regulacji postępowania procesowego w pierwszej instancji, w tym dotyczących pełnomocnictwa procesowego. Wobec stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy (przesłanka badana z urzędu, stanowiąca o uprawnieniu do wniesienia środka ochrony prawnej i wskazująca, że brak legitymacji skutkuje oddaleniem odwołania, nawet w sytuacji potwierdzenia zarzutów naruszenia przepisów ustawy) stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli spełnione są kumulatywne dwie przesłanki: odwołujący posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak określenia, że wykonawca musi wykazać „interes

18

prawny” pozwala uznać, że wystarczające jest wykazanie interesu faktycznego. Istotne jest, że interes wykonawcy jest związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż potwierdzenie zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy z przedstawionych przez odwołującego dowodów wynika uzasadniona wątpliwość, co do potwierdzenia, w sposób wymagany w siwz, posiadania wymaganego doświadczenia przez osobę przewidzianą na stanowisko kierownika robót mostowych, może w konsekwencji doprowadzić do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Oznaczałoby to dla odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na zajmowaną drugą pozycję w rankingu ofert (oferta wybrana została oceniona na 98,92 pkt, natomiast oferta odwołującego na 91,53 pkt, kryteria oceny ofert, to cena 95% i termin realizacji zamówienia 5%). W postępowaniu złożono 14 ofert, wszystkie podlegały ocenie merytorycznej.

Rozpoznając odwołanie, Izba miała na uwadze, że z przepisów ustawy w przedmiocie zakresu postępowania odwoławczego, wynika, że z jednej strony zostało wprowadzone ograniczenie przedmiotowe dla odwołującego w postaci niezgodnej z przepisami ustawy, czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy), a z drugiej strony dla KIO, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy) – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11. Z wyroku wynika, że w postępowaniu

odwoławczym, odwołujący nie może rozszerzyć żądania czy występować z nowym żądaniem ponad określone w odwołaniu, zaś zamawiający nie może zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej dokonanej czynności lub zaniechania czynności, po wniesieniu odwołania. Zatem, odwołujący związany jest zarzutami zawartymi w odwołaniu (zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy Zbigniewa Ziarki do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów załączonych do oferty tego wykonawcy oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej), a zamawiający stanowiskiem w przedmiocie badania i oceny ofert, wyrażonym w piśmie z dnia 23 marca 2012 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z wyjaśnieniami złożonymi w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, co do sposobu dokonania badania i oceny oferty przystępującego).

Postępowanie odwoławcze prowadzone jest na zasadzie kontradyktoryjności i zgodnie z art.

19

190 ust. 1 ustawy, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ust. 3 wskazanego artykułu stanowi, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Odnosząc powyżej wskazane regulacje do stanu faktycznego rozpoznanej sprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu potwierdzenia się jednego z dwóch zarzutów – zaniechania wezwania uczestnika postępowania odwoławczego do wyjaśnienia dotyczącego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – pkt 8 – doświadczenie Janusza Kani proponowanego na stanowisko kierownika robót mostowych. W wykazie osób na proponowane stanowisko kierownika robót mostowych w poz. 8.1. (str. 34 oferty) podano, że Janusz K. pełnił funkcję „Kierownika robót mostowych – Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)”. Wartość zadania 16 470 000 zł brutto (budowa wiaduktów drogowych nad linią kolejową, żelbetowe sprężone o nośności klasy B, 04.2009-12.2010”. Wskazano, że osoba ta została oddana do dyspozycji przystępującego przez inny podmiot, na podstawie zobowiązania – „FILAR” Sp. z o.o. Z załączonego na str. 16-18 oferty listu referencyjnego z dnia 13.05.2011 r. sporządzonego przez firmę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (referencja potwierdzająca należyte wykonanie budowy wiaduktów drogowych WD-1, TK-1) wynika, że Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zrealizowało w charakterze podwykonawcy w ramach realizacji zadania: „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we Wrocławiu – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)” budowę wiaduktów drogowych WD-1 i TK-1. W liście referencyjnym podano wartość robót brutto 16 924 860,36 zł, termin realizacji 01.04.2009-02.12.2010 r. oraz wskazano umowę podwykonawczą nr 0432/D16127/1162/09 z dnia 26.03.2009 r. Odwołujący załączył do odwołania kopie dzienników budów nr 61 i tom II dla WD-1 i nr 62 i tom II dla TK-1. Wykonawcą generalnym inwestycji była firma SKANSKA S.A., podwykonawcą Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. Kierownikiem budowy został ustanowiony Bogusław M., zaś kierownikami robót mostowych zostali ustanowieni – Adam W. i Tomasz R. – WD-1. Dla TK-1 kierownikiem budowy został ustanowiony również Bogusław M., a kierownikami robót mostowych – Tomasz R., Krzysztof M. i Adam W.. Osoby te dokonywały stosownych wpisów w dziennikach budów. W dziennikach brak jest wpisów Janusza Kani. Dzienniki nie zostały zakwestionowane ani podważone w skuteczny sposób. Przekazano je stronie przeciwnej – zamawiającemu i uczestnikowi postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania. Przystępujący załączył do zgłoszenia przystąpienia

20

kopię dwóch stron umowy podwykonawczej nr 0432/D16127/1162/69 z dnia 26.03.2009 r., z których wynika, że Janusz K. został ustanowiony kierownikiem robót podwykonawcy. W § ust. 1 pkt 1 umowy wskazano, że Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. przyjmuje do wykonania kompleksową budowę wiaduktu WD-1 i TK-1, zgodnie z Załącznikiem nr 5 – Prace Podwykonawcze. Uczestnik postępowania odwoławczego nie przedstawił na rozprawie kompletnej umowy podwykonawczej. Wyjaśniono, że należałoby uznać, iż Janusz

K. pełnił na budowie funkcję wskazaną w wykazie robót, skoro został wymieniony na pierwszej stronie umowy, jako kierownik robót podwykonawcy. Zamawiający natomiast oświadczył w odpowiedzi na odwołanie i potwierdził na rozprawie, że w toku badania i oceny oferty brał pod uwagę wyłącznie doświadczenie Janusza Kani podane w pkt 8.1 wykazu, jako wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – dysponowanie osobą przewidzianą na stanowisko kierownika robót mostowych.

W ocenie Izby, odwołujący wykazał rozbieżność w opisie doświadczenia podanego w pkt 8.1 wykazu osób i w umowie podwykonawczej oraz brak potwierdzenia w dziennikach budów pełnienia funkcji kierownika robót mostowych przez Janusza Kanię na wskazanej budowie. Odwołujący podniósł, powołując się na przepisy ustawy Prawo budowlane (są to przepisy art. 17 pkt 4, art. 42 ust. 2 pkt 1 i ust. 4), że uczestnikami procesu inwestycyjnego są, m.in. kierownik budowy lub kierownik robót, natomiast nie jest nim kierownik robót podwykonawcy. Z przepisów art. 45 ust. 1 i 2 Prawa budowlanego wynika, że dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez właściwy organ; przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Wobec przedstawienia przez odwołującego dowodu, który nie został podważony w skuteczny sposób przez zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, że brak wpisów w dziennikach budów o pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych przez Janusza Kanię, na budowie wskazanej w pkt 8.1 wykazu osób, może świadczyć, że funkcja, którą pełnił nie była funkcją w rozumieniu wskazanych przepisów Prawa budowlanego (art. 2 pkt 8 ustawy), Izba uznała, że zasadny jest zarzut, co do zaniechania wyjaśnienia, czy istotnie wskazana osoba pełniła funkcję kierownika robót mostowych, na podanej w wykazie budowie. W wykazie osób, oprócz omówionej budowy, wskazano jeszcze 7 innych robót w zakresie doświadczenia Janusza Kani. Strony zgodnie oświadczyły, że do oceny potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, mogła być jeszcze brana pod uwagę budowa wskazana w pkt 8.4 wykazu („Kierownik budowy. Budowa zintegrowanego węzła

21

przesiadkowego w rejonie Stadionu EURO 2012 – węzeł Stadion EURO 2012 – Zad. 5.2. w ramach projektu Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji i we Wrocławiu – etap I. Wartość zadania 49 424 717, 86 zł brutto (budowa wiaduktu tramwajowego nad linią kolejową, żelbetowy sprężony), o nośności klasy B. 07.2010-12.2011”. Na tę okoliczność odwołujący, kwestionując, że nie jest to obiekt mostowy co najmniej klasy B, złożył opracowanie Instytutu Inżynierii Lądowej Politechniki Wrocławskiej „Analiza statyczna ustroju nośnego platformy zintegrowanego węzła przesiadkowego w rejonie stadionu Euro 2012” (opracowanie dopuszczono jako stanowisko strony, która je złożyła), z którego wynika, że przedmiotowy obiekt inżynierski nie spełnia warunków w zakresie przenoszenia obciążeń drogowych klasy B, według PN-85/S-10030. Natomiast przystępujący załączył do zgłoszenia przystąpienia pismo Zakładu Nowych Technologii i Wdrożeń „NMOST-PROJEKT” Sp. z o.o. z dnia 04.04.2012 r. (jednej z trzech jednostek projektowych opracowujących projekt wykonawczy), w którym podano, że „Przedmiotowy wiadukt jest obiektem skomplikowanym pod względem funkcji oraz konstrukcji i jest zaprojektowany na przeniesienie dużych obciążeń. Obiekt jest w stanie przenieść obciążenia klasy „A” wg normy PN-85/S-10030 dla teoretycznej szerokości jezdni 7,0 m, jak również jest zaprojektowany na przeniesienie obciążeń pojazdem samochodowym „S” dla ciężaru łącznego pojazdu 300 kN wg normy PN-85/S-10030”. Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego złożył pierwszą i ósmą stronę projektu wykonawczego, na potwierdzenie, że wskazana wyżej firma projektowa przedstawiająca stanowisko o zakwalifikowaniu wiaduktu do wymaganej klasy, uczestniczyła w jego projektowaniu.

Polską normę PN-85/S-10030 „Obiekty mostowe, obciążenia”, zgodnie z pkt 1.2. (Zakres stosowania normy), stosuje się zarówno do projektowania nowych, jak i sprawdzania nośności istniejących obiektów mostowych.

Dla dokonania oceny wskazanego zarzutu, w ocenie Izby, istotne znaczenie ma stanowisko zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie na str. 3, czwarty akapit od góry, oświadczył oraz potwierdził na rozprawie, że nie oceniał doświadczenia wskazanego w pkt

8.4 wykazu, bowiem było to doświadczenie ponad wymagane minimum. Zatem, należy uznać, że część zakresu kwestionowanej oferty została pominięta przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Jak wyżej wskazano, granice rozpoznania odwołania wyznaczają z jednej strony zarzuty odwołania, z drugiej strony obligatoryjne czynności lub zaniechania zamawiającego. Zarzutem odwołania jest zaniechanie przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę w sytuacji, gdy, jak okazało się na rozprawie, zamawiający nie dokonywał oceny oświadczenia wykonawcy złożonego w pkt 8.4 wykazu. Zatem, wyjaśnienie tej kwestii wobec złożenia, jak podkreślił zamawiający, przeciwnych dowodów przez odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego, jest nieodzowne.

22

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, nie można uznać, że oświadczenie uczestnika postępowania odwoławczego, dotyczące doświadczenia Janusza Kani wykazanego w pkt 8.1 wykazu osób – „Kierownik robót mostowych” (uznane jako wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), nie pozostaje w sprzeczności z treścią (udostępnionej w ograniczonym zakresie) umowy podwykonawczej – „Kierownik robót Podwykonawcy” oraz dowodami przedstawionymi przez odwołującego (dzienniki budów stanowiące urzędowe dokumenty przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót). Z tego powodu, zarzut ten należało uznać za udowodniony i stwierdzić, że zamawiający zobowiązany jest do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Złożenie wyjaśnień wymagane jest również wobec wątpliwości co do zakwalifikowania budowy wiaduktu tramwajowego nad linią kolejową, w zakresie spełnienia warunków przenoszenia obciążeń drogowych co najmniej klasy B – pkt 8.4 wykazu (brak wykazania przez zamawiającego dokonania badania i oceny oferty w tym zakresie). Zdaniem Izby, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący wykazu robót, pkt 2.B (str. 11 oferty), w zakresie wiaduktu drogowego WD-1. Obiekt ten spełnia wymagane parametry, potwierdzone dodatkowo w liście referencyjnym z dnia 13.05.2011 r. firmy SKANSKA S.A., w którym firma podała, że Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. zrealizowało budowę wiaduktów, w tym wiadukt drogowy WD-1 (opisano parametry techniczne oraz zakres robót), który potwierdza spełnianie warunków zamawiającego. W referencji potwierdzono w zakresie wykonania: terminowość, należyta staranność oraz zgodność z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi (str. 16-18 oferty). Odwołujący nie podważył referencji, nie przedstawił dowodu, z którego ma wynikać, że podany w referencji zakres przeprowadzonych robót uniemożliwia uznanie, że jest to wiadukt drogowy, będący obiektem mostowym, stanowiącym całość techniczno-użytkową. W tym zakresie, w ocenie Izby, zasługuje na uwagę wywód uczestnika postępowania odwoławczego, przedstawiony na str. 9-11 zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, co do definicji i funkcji obiektu mostowego. Na uwagę zasługuje również stanowisko zamawiającego (autora wyjaśnienia, że przez pojęcie „budowa obiektu mostowego” należy rozumieć wykonanie obiektu mostowego stanowiącego całość techniczno-użytkową – pismo z dnia 20.01.2012 r.), przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, że wyjaśnienie dotyczyło obiektu mostowego, a nie węzła komunikacyjnego, który to węzeł będzie przedmiotem dopuszczenia do użytkowania przez Nadzór Budowlany, jako całość techniczno-użytkowa wraz z instalacjami i urządzeniami, zgodnie z treścią art. 3 pkt 1b Prawa budowlanego (str. 3 pisma, pierwszy akapit od góry).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że potwierdził się jeden z dwóch zarzutów odwołania, zatem uwzględniła odwołanie, orzekając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie

23

pierwsze, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....