

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 lipca 2008 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Krystyna Faściszewska-Rąba (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Kowalska

• SO Barbara Żelewska

Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2008 r. w Katowicach

sprawy sprawę z odwołania:

1. BUDIMEX DROMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie

2. Konsorcjum:

- Polimex Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie
- DOPRASTAV a.s. w Bratysławie
- Eurovia Polska Spółka Akcyjna we Wrocławiu
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna w Kędzierzynie Koźlu

przeciwko **Drogowej Trasie Średnicowej Spółce Akcyjnej w Katowicach**
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi BUDIMEX DROMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie

z dnia 28 maja 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 456/08, KIO/UZP 457/08

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie B podpunkcie 1 i podpunkcie 2 2) w ten sposób, że odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie, DOPRASTAV a.s. w Bratysławie, Eurovia Polska Spółka Akcyjna we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka

Akcynja w Kędzierzynie Koźlu oddała i zasądza od Konsorcjum na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,-zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

2. oddała skargę w pozostałej części;

3. zasądza od zamawiającego na rzecz skarżącego kwotę 6.600,-zł (sześć tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

'J 03'Ó Z

OK

Sygn. akt XIX Ga 280/08

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień Publicznych w połączonych sprawach o sygn. akt KIO/UZP 456/08 i sygn. akt KIO/UZP 457/08 - oddaliła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 456/08 a w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 457/08 uwzględniła odwołanie.

W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, iż w dniu 21.12.2007 r. Drogowa Trasa Średnicowa SA w Katowicach (Zamawiający) ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Trasy Średnicowej Zachód - Odcinek Z1 od km 11+100 do km 13+000 i Odcinek Z2 od km 13+ do 15+800 w Zabrze” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

W dniu 23.04.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej: tj. za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm Polimex Mostostal SA z Warszawy, DOPRASTAV a.s. z Bratysławy, Eurovia Polska SA z Wrocławia oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych SA z Kędzierzyna Koźla. Ofertę ocenioną jako drugą złożył Budimex Dromex z Warszawy.

W dniu 30.04.2008 r. Budimex - złożył protest wskazując, iż Zamawiający naruszył art.7 ust.1 i 3, art.24 ust.2 pkt.1-2 i ust.4 oraz art.89 ust.1 pkt.2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie następujących czynności:

- zaniechanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art.24 ust.2 pkt.2, mimo iż nie wykazało ono dysponowania osobą, pełniącą 3 lata funkcję kierownika budowy (Pan Leszek Paprocki nie pełnił funkcji kierownika budowy na kontraktach nr 2, 5, 6, 7 i 8, jak podano w załącznikach do oferty Konsorcjum, a zatem podane informacje są nieprawdziwe);

- zaniechanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art.24 ust.2 pkt.1 Prawa zamówień publicznych, mimo iż Pan Marian Ohl, w czasie składania oferty prokurent Polimex Mostostal SA jest członkiem rady nadzorczej WBP Zabrze sp. z o.o. której Polimex Mostostal SA jest w blisko 95% jej udziałowcem, a spółka ta była wykonawcą projektu budowlanego i dokumentacji przetargowej, m. in. kosztorysów; takie działanie Zamawiającego narusza również przepis art.7 ust.1 Prawa zamówień publicznych;

- zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art.89 ust.1 pkt.2 Prawa zamówień publicznych, mimo iż w ofercie Konsorcjum w poz. „Powierzchniowe zabezpieczenie betonu” kosztorysu ofertowego podano ilość 74,637 m² (zgodnie z wersją elektroniczną SIWZ), a nie 74,64 m² (zgodnie z wersją papierową SIWZ), podczas gdy Zamawiający wskazał, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy wersją papierową a elektroniczną rozstrzygająca będzie treść specyfikacji papierowej.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 5.05.2008 r. pismem z dnia 2 maja br. przystąpiło Konsorcjum, wskazując, że nie było podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania: Pan Leszek Paprocki ma odpowiednie wymagane przez zamawiającego doświadczenie, fakt łączenia funkcji prokurenta i członka rady nadzorczej nie ograniczył konkurencji w niniejszym postępowaniu, a ponadto - brak podstaw do odrzucenia oferty, ponieważ jej treść jest zgodna z treścią SIWZ, jako że uwzględniła wersję papierową SIWZ zawierającą zmianę z dnia 12.03.2008 r.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 8.05.2008 r. poprzez jego częściowe uwzględnienie. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia Pana Leszka Paprockiego, bowiem zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w wyniku czego potwierdziło się twierdzenie Protestującego, iż Pan Leszek Paprocki nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanych w załączniku do oferty kontraktach. W pozostałym zakresie protest oddalił.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego zostały złożone w dniu 13 maja br. dwa odwołania, a mianowicie odwołanie złożone przez Budimex, w którym podtrzymano zarzuty protestu dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.2 pkt.1 Prawa zamówień publicznych oraz art.89 ust.1 pkt.5 Prawa zamówień publicznych oraz odwołanie złożone przez Konsorcjum, w którym podtrzymano argumenty podniesione w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego dotyczące doświadczenia Pana Leszka Paprockiego. Podkreślił odwołujący, że informacje podano w załącznikach do oferty, kierując się znaczeniem określenia „stanowisko kierownika budowy” rozumianym zgodnie z przepisami prawa pracy, a Zamawiający przeprowadził postępowanie weryfikacyjne, badając czy Pan Paprocki pełnił funkcje kierownika budowy w rozumieniu prawa budowlanego.

Obaj Wykonawcy - zarówno Konsorcjum, jak i Budimex - skutecznie przystąpili do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego.

W oparciu o poczynione ustalenia stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, iż w odniesieniu do sprawy sygn. akt KIO/UZP 456/08 to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przed wszystkim Odwołujący - Budimex cofnął odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art.89 ust.1 pkt.2 Prawa zamówień publicznych, dlatego odwołanie było rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art.24 ust.2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych.

KIO stwierdziła, że stanowisko Odwołującego odnośnie obowiązku wykluczenia przez Zamawiającego Konsorcjum z postępowania, ponieważ wykonywało ono bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, w związku z czym jego udział w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję, nie zasługuje na uwzględnienie.

Prawo zamówień publicznych ogranicza krąg podmiotów, które uczestniczyły

w przygotowaniu zamówienia, wyłącznie do wykonawców - definicja wykonawcy została określona w art.2 pkt. 11 Prawa zamówień publicznych: w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, na obecnym etapie, jest to podmiot, który złożył ofertę. Zatem uczestnik postępowania podlegałby wykluczeniu wówczas, jeżeli to on sam wykonywałby takie czynności. Na gruncie Prawa zamówień publicznych nie ma podstaw, aby sankcję wykluczenia na podstawie art.24 ust.2 pkt.1 Prawa zamówień publicznych stosować również wówczas, gdy określone czynności wykonywały podmioty powiązane czy to kapitałowo, czy to osobowo z wykonawcą. Nie ma również podstaw do stosowania analogicznie zasad prawa podatkowego, handlowego oraz przepisów o rachunkowości i traktowania całej grupy kapitałowej jako jednego podmiotu - przy ocenie wykonawcy spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, bierze się pod uwagę jego własne doświadczenie, a nie doświadczenie uczestników grupy kapitałowej. Na taką interpretację wskazuje też użycie przez ustawodawcę określenia „bezpośrednio” - wskazuje ono na konieczność istnienia ścisłego związku pomiędzy wykonywaniem czynności przygotowawczych w postępowaniu, a samym wykonawcą. Polimex Mostostal SA i WBP Sp. z o.o. to dwa odrębne podmioty i każdy z nich mógłby złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu i w odniesieniu do każdego z nich byłyby osobno badane ewentualne przesłanki wykluczenia na podstawie art.24 ust.2 pkt.1 Prawa zamówień publicznych.

Podkreśliła też KIO, iż nie wykazano, aby przygotowanie dokumentacji projektowej przez WPB Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu ograniczyło uczciwą konkurencję w postępowaniu. Sam fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia może, lecz nie musi utrudniać konkurencji. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa zgodnie z art.6 k.c. na wywodzącym z tego faktu skutki prawne - czyli na Odwołującym, który okoliczności utrudnienia konkurencji nie udowodnił.

Skoro więc nie stwierdzono naruszenia art.7 ust.1 i 24 ust.2 pkt.1 Prawa zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

Natomiast odnośnie sprawy sygn. akt KIO/UZP 457/08 to odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający uznał protest złożony przez Budimex Dromex SA w zakresie zarzutu dotyczącego podania nieprawdziwych informacji na temat doświadczenia zawodowego Pana Leszka Paprockiego mających wpływ na wynik postępowania. W ofercie złożonej przez Konsorcjum (art.24 ust.2 pkt.2 Prawa zamówień publicznych) Odwołujący - Konsorcjum - wskazał, iż podane przez niego informacje nie są nieprawdziwe, oparte są bowiem na dokumentach - m. in. świadectwach pracy. Przystępując do postępowania po stronie Zamawiającego Budimex Dromex SA nie kwestionował tak rozumianego (tj. na gruncie prawa pracy) doświadczenia zawodowego, jednak twierdził, że nie było podstaw, aby pojęcie użyte w SIWZ dotyczące doświadczenia zawodowego interpretować na gruncie prawa pracy, lecz wyłącznie na gruncie prawa budowlanego, tym bardziej, że wskazywał na to i rozmiar inwestycji i odesłanie w Prawie zamówień publicznych do prawa budowlanego, a nie prawa pracy (art.2 pkt.8 Prawa zamówień publicznych).

Niewątpliwie Prawo zamówień publicznych odsyła do prawa budowlanego, lecz wyłącznie w zakresie definicji robót budowlanych. Przy ocenie, co wynika z treści SIWZ, nie tyle ma znaczenie rozmiar inwestycji, a brzmienie postanowień SIWZ. Po zapoznaniu się ze SIWZ, szczególnie z postanowieniami dotyczącymi doświadczenia (strona 12 SIWZ) ustalono, że Zamawiający posługiwał się pojęciami prawa pracy: „staż pracy”, „stanowisko”. Co więcej, jedno ze stanowisk nazwano „zastępcą kierownika budowy” - a takiej funkcji prawo budowlane nie przewiduje. Sformułowanie „stanowisko kierownicze lub samodzielne przy budowie” również nie wskazuje jednoznacznie na oczekiwania Zamawiającego odnośnie doświadczenia wyłącznie opartego na czynnościach dokonywanych w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie. Oświadczenie Zamawiającego odnośnie takich właśnie oczekiwań (złożone na rozprawie) różni się jednak z literalnym brzmieniem SIWZ. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wątpliwości dotyczące rozumienia treści SIWZ należy zawsze rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Wobec czego, nie ma podstaw, by

stwierdzić iż Odwołujący - Konsorcjum podał nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia było orzeczenie o kosztach postępowania.

Skargę od powyższego wyroku złożył wykonawca Budimex Dromex SA w Warszawie.

W odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO/UZP 456/08 zarzucił skarżący naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

- art.24 ust.2 pkt.1 PZP przez błędną wykładnię polegającą na nieuwzględnieniu, że dyspozycją tego przepisu objęci są również wykonawcy, którzy posługiwali się w celu złożenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania;

- art.24 ust.2 pkt.1 PZP przez błędną wykładnię i w konsekwencji wadliwe przyjęcie, że ciężar dowodu w zakresie wykazania utrudniania konkurencji na

skutek wystąpienia okoliczności określonych w art.24 ust.2 pkt.1 spoczywa na Odwołującym;

- art.14 PZP w zw. z art.6 k.c. przez zastosowanie, pomimo że ciężar w zakresie wykazania utrudniania konkurencji na skutek wystąpienia okoliczności określonych w art.24 ust.2 pkt.1 PZP został w pełni określony w art.24 ust.2 pkt.1 PZP oraz naruszenia przepisów postępowania mające wpływ na wynik postępowania, a to:

- art.188 ust.7 PZP przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji błędne ustalenie stanu faktycznego, polegające na przyjęciu, że nie było podstaw do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art.24 ust.2 pkt.1 PZP, a w konsekwencji, że Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji;

- art.190 ust.2 PZP przez nieuwzględnienie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania w zakresie występującego w niniejszej sprawie przyznanego przez Konsorcjum faktu powiązań właścicielskich i osobowych o charakterze skutkującym wykluczeniem Konsorcjum z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt.1 PZP.

Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 457/08 zarzucił skarżący naruszenie prawa materialnego, a to:

- art.22 ust.1 pkt. PZP oraz §1 ust.2 pkt. 5 rozp. Prezesa RM z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający... (Dz. U. Nr 87, poz.605) poprzez błędną wykładnię i odstąpienie od uznania, że wymagane w rozumieniu tych przepisów doświadczenie osób, zdolnych do wykonania zamówienia musi mieć potwierdzenie w rzeczywistości wykonywanych przez te osoby pracach lub faktycznie zajmowanym stanowisku;

- art.24 ust.2 pkt.2 PZP przez błędną wykładnię i przyjęcie, że pomimo złożenia przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji co do wykonywania funkcji kierownika budowy w realizacji prowadzonych wcześniej przez tego samego Zamawiającego zadań p.n. Drogowa Trasa Średnicowa, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, których nieprawdziwość potwierdza zamawiający, KIO nie stwierdziła podstaw do wykluczenia Konsorcjum na podstawie tego przepisu oraz naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik postępowania, a to:

- art.188 ust.7 PZP przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji błędne ustalenie stanu faktycznego, polegające na przyjęciu, że w prowadzonym postępowaniu Zamawiający oczekiwał od kierownika budowy doświadczenia potwierdzonego dokumentami wynikającymi z przepisów prawa pracy a nie doświadczenia opartego na wykonanych czynnościach w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie;
- art.192 ust.2 PZP przez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn, dla których KIO odmówiło wiarygodności oświadczeniu Zamawiającego, że proponowany przez Konsorcjum kandydat nie pełnił funkcji kierownika budowy w prowadzonych wcześniej przez tego samego zamawiającego inwestycjach p. n. Drogowa Trasa Średnicowa.

W szczególności zarzucił skarżący (w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 456/08), iż Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie wystąpiły przesłanki skutkujące obowiązkiem wykluczenia Konsorcjum na podstawie art.24 ust.1 pkt.2 PZP, w konsekwencji czego nie została też naruszona zasada uczciwej konkurencji. Uwzględniła jednak tylko jeden z przypadków, objętych dyspozycją przepisu art.24 ust. 2 pkt.1 PZP, pomijając przypadek występowania powiązań pomiędzy osobami, którymi wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty a uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

W sytuacji więc, gdy prokurentem jest osoba, która mogła uzyskać informacje dotyczące tego postępowania z uwagi na możliwość zapoznania się z dokumentacją przetargową czy przygotowywanymi kosztorysami przed pozostałymi wykonawcami, to naruszenie zasady uczciwej konkurencji jest oczywiste i winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała przy tym, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że przygotowanie dokumentacji projektowej przez WPB Sp. z o.o. (a jest to fakt bezsporny i przyznany przez Konsorcjum w przystąpieniu do protestu) ograniczyło uczciwą konkurencję w postępowaniu. Tymczasem to Wykonawca, co do którego istnieje podejrzenie, że jego udział w postępowaniu naruszy uczciwą konkurencję musi wykazać, że jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Co do sprawy o sygn. akt KIO/UZP 457/08 to Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał w stosunku do kierownika budowy wyłącznie doświadczenia opartego na czynnościach dokonywanych w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie. Jej zdaniem wynika to z przyjęcia terminologii właściwej dla stosunków pracowniczych, a także z określenia niektórych stanowisk w oderwaniu od funkcji określonych w prawie budowlanym. Twierdzeniu takiemu zaprzecza jednak brzmienie SIWZ. Zgodnie z pkt. 7.2.2. SIWZ, w odniesieniu do określonych stanowisk, w tym kierownika budowy, Zamawiający żądał odpowiedniego doświadczenia opartego na czynnościach dokonywanych w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie (żądanie to potwierdził na rozprawie). Fakt, że doświadczenie to ma być potwierdzone wykonaniem konkretnych, zindywidualizowanych czynności, dokonywanych w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie wynika z tego, że - zgodnie z pkt.7.2.2 zd.3 SIWZ oraz pkt.8.2.4. Instrukcji dla Wykonawców, informacja o kandydatach musiała być przedstawiona na formularzu, w którym wykonawcy zobowiązani byli określić opis wykonanych faktycznie robót, potwierdzających spełnienie wymagań, czas trwania tych robót oraz zajmowane stanowisko. Wykonawcy zobowiązani też byli dołączyć kopię uprawnień budowlanych do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, o których mowa w prawie budowlanym. Zamawiający sformułował więc w tym zakresie precyzyjnie swoje wymagania i - wbrew ustaleniom KIO - nie wymagał udokumentowania doświadczenia, wymaganego na stanowisku kierownika budowy, dokumentami właściwymi dla stosunków pracowniczych. Sposób określenia

w umowie o pracę zajmowanego przez Pana L. Paprockiego stanowiska jest bez znaczenia wobec wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia zdobytego

w trakcie pełnienia funkcji kierownika budowy, w rozumieniu prawa budowlanego, podczas wykonywania określonych robót budowlanych, czego Konsorcjum nie wykazało.

W oparciu o podniesione zarzuty domagał się skarżący zmiany zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania w sprawie KIO/UZP 456/08 oraz oddalenia odwołania w sprawie KIO/UZP 457/08 a także zasądzenia kosztów za obie instancje.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Co do sprawy o sygn. akt KIO/UZP 456/08, to podkreślił przeciwnik skargi, że powiązania kapitałowe pomiędzy firmą WBP Zabrze Spółka z o.o. a Polimex

W

Mostostal SA nie mogą stanowić przesłanki wykluczenia Konsorcjum z przedmiotowego postępowania a Pan Marian Ohl z tytułu zasiadania w radzie nadzorczej WBP Zabrze Spółka z o.o. nie miał żadnego uprzywilejowanego dostępu do dokumentacji projektowej i nie uczestniczył w przygotowaniu oferty Konsorcjum.

Natomiast co do sprawy o sygn. akt KIO/UZP 457/08, to podkreślił przeciwnik skargi, że z uwagi na sformułowanie SIWZ to dla potwierdzenia spełnienia warunkiem wystarczającym było wykazanie doświadczenia osoby zatrudnionej na stanowisku kierownika budowy zgodnie z Kodeksem pracy.

Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a w szczególności stanowisko zajęte w rozstrzygnięciu protestu.

W

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skargę Budimex Dromex SA w Warszawie uznać należało za częściowo uzasadnioną a to odnośnie zaistnienia przesłanek o których mowa w art.24 ust.2 pkt.2 ustawy PZP.

Sąd Okręgowy w niniejszym składzie nie podziela poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, iż sprecyzowane w SIWZ wymagania zamawiającego dotyczące doświadczenia zawodowego dla osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy można było interpretować również na gruncie prawa pracy a nie wyłącznie na gruncie

prawa budowlanego, na co wskazuje zdaniem KIO fakt, iż zamawiający w SIWZ posługiwał się pojęciami prawa pracy takimi jak „staż pracy”, „stanowisko”. Również sformułowanie „stanowisko kierownicze lub samodzielne przy budowie” nie wskazywało jednoznacznie na oczekiwania zamawiającego odnośnie doświadczenia wyłącznie opartego na czynnościach dokonywanych w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie.

Tymczasem bezspornym jest, że przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego były roboty budowlane. Po myśli art.2 pkt.8 (słowniczek) PZP przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego.

Z kolei przepis art.17 ustawy Prawo budowlane stanowi, że uczestnikiem procesu budowlanego w rozumieniu cyt. ustawy jest m. in. kierownik budowy lub kierownik robót, którego uprawnienia i obowiązki określa Prawo budowlane.

Zatem nieuzasadnione było stanowisko Konsorcjum zaaprobowane przez KIO, że skoro zamawiający nie wskazał jednoznacznie w postanowieniach SIWZ, iż chodzi o stanowisko kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane to istniała podstawa do interpretowania tych zapisów w oparciu o przepisy prawa pracy.

Zapisy SIWZ wbrew pogładowi Konsorcjum i KIO nie dają podstawy do takiej ich interpretacji; pkt.7.2.2 SIWZ stanowi, iż wykonawca musi mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk jakie zostaną im powierzone. W ofercie kandydatów na każde stanowisko wymienione w tabeli musi być informacja o kandydatach przedstawiona zgodnie z pkt.8.2.4. SIWZ. Odnosnie kierownika budowy wymagany był pięcioletni staż pracy na stanowisku kierowniczym lub samodzielnym przy budowie/przebudowie dróg klasy minimum GP lub obiektów mostowych leżących w ciągach tych dróg (minimalne doświadczenie).

Z kolei wymagane minimalne doświadczenie na danym stanowisku (tut. kierownik budowy) to zgodnie z zapisem SIWZ rozumie się lata (3) przepracowane na stanowisku jakie proponowano i musiało ono dotyczyć realizacji polegających na budowie/przebudowie dróg klasy co najmniej GP lub obiektów mostowych leżących w ciągach tych dróg.

Niespornym jest, że Konsorcjum wskazało Pana Leszka Paprockiego na stanowisko kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Zatem spełniając wymogi SIWZ kandydat ten winien był legitymować się doświadczeniem i kwalifikacjami a więc pracą na stanowisku jak proponowane tj. na stanowisku kierownika budowy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane.

Konsekwencją tego wymogu były zapisy załącznika do formularza 3.2 zgodnie z którym wymagany był opis robót potwierdzających spełnienie wymagań.

Jak wykazało przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające - na skutek protestu skarżącego - Pan Leszek Paprocki nie posiadał wymaganego w SIWZ minimalnego doświadczenia (3 lata) na stanowisku kierownika budowy przy realizacjach polegających na budowie/przebudowie dróg klasy co najmniej GP.

Zatem Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania (art.24 ust.2 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych) a co stanowiło przesłankę wykluczenia tego wykonawcy.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy było uwzględnienie skargi w tej części i oddalenie odwołania Konsorcjum firm.

W pozostałej części skarga Budimex Dromex SA w Warszawie podlegała oddaleniu j.ako nieuzasadniona, bowiem nie zachodzi zarzucane naruszenie art.24 ust.2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezspornym jest, że dokumentacja projektowa i kosztorys inwestorski wykonywał WBP Zabrze Spółka z o.o. w Zabrzu, w której 95% udziałów posiada lider Konsorcjum Polimex Mostostal SA w Warszawie a Pan Marian Ohl - prokurent lidera Konsorcjum, zasiadał w Radzie Nadzorczej WBP Zabrze Spółka z o.o. w Zabrzu.

Przepis art.24 ust.2 pkt.1 wskazuje przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Jednakże aby zaistniała przesłanka wykluczenia, uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni na co trafnie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza.

A zatem to na skarżącym - co słusznie podkreśliła KIO - spoczywał ciężar dowodu po myśli art.6 k.c.

W okolicznościach niniejszej sprawy lider Konsorcjum nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Nie zostało również wykazane aby lider Konsorcjum powierzył sporządzenie oferty osobom uczestniczącym w przygotowaniu prowadzonego postępowania.

Brak było zatem podstaw do uznania, że zachodziła konieczność wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia - w oparciu o przepis art.24 ust.2 pkt.1 ustawy PZP.

Jedynie na marginesie należy wskazać, iż dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Reasumując powyższe ustalenia orzec należało jak w sentencji po myśli art.198 ust.2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu zgodnie z art.98 k.p.c. w zw. z art. 194 ust.2 ustawy PZP.

**Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM**

stwierdzam

SEKRETARZ

st. sekre