

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 października 2008r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu Wydział X Gospodarczy w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO J. Gołaczyński (spr.)
Sędziowie: SO Jolanta Bojko

SO Janusz Kaspryszyn

Protokolant: Dominika Olbert

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2008 we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi Skanska S.A. w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2008r. w sprawie KIO/UZP 814/08

z udziałem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu oraz Berger Bau Polska spółka z o.o. we Wrocławiu

I oddala skargę;

II zasądza od skarżącego na rzecz uczestników postępowania Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu oraz Berger Bau Polska spółka z o.o. we Wrocławiu po 900 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Za zgodność z oryginałem

Z up. Kierownika • Sekretariatu

Za zgodność i oryginałem

Starszy Sekretarz

X Ga 296/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza, na skutek odwołania wniesionego przez **Skanska S.A., Warszawa**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu**, protestu z dnia 15 lipca 2008 r. przy udziale **Berger Bau Polska Sp. z o.o., Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oddaliła odwołanie i rozstrzygnęła w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego. Powyższe orzeczenie uzasadniła tym, że zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wzmocnienie drogi krajowej nr 94 na odcinku Mazurowice - Wrocław - etap I Środa Śląska - Wrocław od km 64+129,00 do km 81+639,89. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2008 r. za numerem 2008/S 81-109821. W dniu 10 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. Z tą decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Skanska SA, który wniósł w dniu 15 lipca 2008 r. protest wskazując na dokonane przez Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp. Protestujący zwrócił uwagę na fakt złożenia przez wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w Załączniku do Formularza 3.2 dotyczących pełnienia przez pana Dariusza Rusnaka funkcji kierownika robót przy przebudowie ul. Lotniczej we Wrocławiu. Na dowód powyższego Protestujący wskazał na dziennik budowy oraz pismo Berger Bau Polska Sp. z o.o. z dnia 4 lipca 2008 r. Fakt, iż pan Dariusz Rusnak nie pełnił funkcji kierownika robót na ww. inwestycji powoduje, iż Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie może wykazać się posiadaniem w dyspozycji kierownika robót gazowniczych i wodno - kanalizacyjnych o wymaganym 3-letnim doświadczeniu w każdej z tych branż. Protestujący wskazał, iż na skutek złożenia nieprawdziwego oświadczenia oferta Berger Bau Polska Sp. z o.o. była oceniana i została wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy w przypadku nieuwzględnienia stażu pracy pana Rusnaka na budowie przy ul. Lotniczej we Wrocławiu wykonawca ten zostałby wykluczony z postępowania.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający po otrzymaniu w dniu 4 lipca 2008 r. od wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. informacji o podaniu nieprawdziwych informacji powinien był wykluczyć ww. wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że nieprawdziwa informacja pochodziła od podwykonawcy, ponieważ to Berger Bau Polska Sp. z o.o. złożyła ofertę i odpowiada za prawdziwość podanych informacji.

Protestujący podniósł ponadto, że wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego tj. dysponowania kierownikiem robót gazowniczych i wodno - kanalizacyjnych o 3-letnim stażu pracy w obu branżach. Łączny staż pracy pana Rusnaka podany w Załączniku do Formularza 3.2 to 70 miesięcy, podczas gdy wymagany przez Zamawiającego 3-letni staż w branży wodno - kanalizacyjnej i 3-letni staż w branży gazowniczej to w sumie 72 miesiące. Co więcej, w wyniku informacji otrzymanej od Berger Bau Polska Sp. z o.o. staż ten powinien zostać pomniejszony o staż pracy na budowie przy ul. Lotniczej we Wrocławiu tj. o 11 miesięcy, w wyniku czego łączne doświadczenie pana Rusnaka w branży wodno -kanalizacyjnej i gazowniczej wyniesie 59 miesięcy.

W ocenie Protestującego, ww. brak nie może zostać usunięty w drodze uzupełnienia dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co uczynił na wezwanie Zamawiającego wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. Zdaniem Protestującego, ww. regulacja prawna ma zastosowanie jedynie w przypadku nie złożenia przez wykonawcę dokumentu lub popełnienia w złożonym dokumencie błędu formalnego.

Protestujący wskazał również, że nieuprawnione było działanie wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. polegające na podaniu w uzupełnionym Załączniku do Formularza 3.2 informacji, iż pan Rusnak jest kierownikiem przebudowy wodociągu i gazociągu we Wrocławiu Kowale Ogrody etap V i VI od marca 2008 r. Powyższej modyfikacji nie można uznać za wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż jak wskazano powyżej, merytoryczna zmiana dokumentu jest niedopuszczalna, a staż na budowie Kowale Ogrody nie jest wystarczający do osiągnięcia łącznie z innymi okresami 3 lat kierowania robotami gazowniczymi i wodno kanalizacyjnymi przez pana Rusnaka. Staż ten nie może być również zaliczony z tego względu, że w tym czasie (od sierpnia 2007 r.) pan Rusnak uczestniczy w realizacji przebudowy ul. Lotniczej we Wrocławiu, wobec czego nie pełni on faktycznie funkcji kierownika budowy na budowie Kowale Ogrody. Ponadto staż na budowie Kowale Ogrody obejmuje zarówno roboty wodno - kanalizacyjne jak i gazownicze, podczas gdy Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że staż dla kierowania robotami gazowymi musi pochodzić z innych lat niż kierowania robotami wodno -kanalizacyjnymi.

Za nieuprawnioną zmianę treści Załącznika do Formularza 3.2 Protestujący uznał także wpisanie w pozycji (2) Budowa gazociągu w ul. Fabrycznej we Wrocławiu stażu kierownika robót od marca 2007 r. do chwili obecnej, podczas gdy w pierwotnej treści Załącznika wykonawca podał czas trwania od marca do lipca 2007 r.

Podobnie, z podanych powyżej powodów nie może, zdaniem Protestującego, zostać uwzględniona dokonana w ww. Załączniku zmiana polegająca na wskazaniu pana Stanisława Burghardta jako Kierownika robót gazowniczych.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający dopuszczając złożenie przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. nowego Załącznika i wybierając ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z ostrożności Protestujący podniósł również zarzut nie wykazania się posiadaniem przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. wymaganego przez

Zamawiającego w pkt 7.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia doświadczenia w wykonaniu 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy min. G o długości co najmniej 10 km i wartości 40 mln zł. Zdaniem Protestującego, Zamawiający oczekiwał, aby każda z wykonanych dróg spełniała powyższe wymogi.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim wykluczeniu wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z postępowania lub po odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił w dniu 18 lipca 2008 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 24 lipca 2008 r. (pismem z dnia 23 lipca 2008 r.) przez jego oddalenie.

Rozstrzygając protest Zamawiający stwierdził, że wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. był uprawniony, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia Załącznika do Formularza 3.2 o zmodyfikowanej treści. Za chybiony uznał Zamawiający zarzut, iż również ww. zmieniony Załącznik nie potwierdza posiadania przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. wymaganego potencjału kadrowego. Zdaniem Zamawiającego, wykazane doświadczenie pana Dariusza Rusnaka jest w pełni wystarczające do uznania, iż spełnia on wymagania stawiane kierownikowi robót wodno - kanalizacyjnych. Na stanowisko kierownika robót gazowniczych ww. wykonawca wskazał pana Stanisława Burghardta.

W ocenie Zamawiającego, Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnia również warunek doświadczenia. Jak stwierdził Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z warunkiem postawionym w pkt 7.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli do wykazania się posiadaniem doświadczenia w zrealizowaniu w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej dwóch zadań

polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy G, o łącznej długości co najmniej 10,0 km i za kwotę brutto min. 40 mln zł. Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnił warunek przez wykazanie, że zrealizował dwa zadania o łącznej długości drogi 10,365 km i wartości 1 14 500 593,38 zł.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca Skanska SA, który wniósł w dniu 29 lipca 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście i wnosząc o wykluczenie z postępowania wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. lub odrzucenie oferty tego wykonawcy oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie takich ustaleń faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne. Podstawowym zarzutem podniesionym przez Odwołującego jest złożenie przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. w ofercie nieprawdziwych informacji. Przedmiotem

zarzutu jest informacja o pełnieniu przez pana Dariusza Rusnaka funkcji kierownika robót inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 94 (ul.

Lotnicza) we Wrocławiu". Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powodem wykluczenia wykonawcy z postępowania może być podanie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania. Chodzi przy tym o rzeczywisty, a nie jedynie potencjalny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym stanie faktycznym o podaniu przez wykonawcę nieprawdziwej informacji Zamawiający dowiedział się w dniu 4 lipca 2008 r. od samego wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o., który w swym piśmie oświadczył, iż przedmiotowa informacja została umieszczona w ofercie omyłkowo, na skutek błędnej informacji otrzymanej przez wykonawcę od podwykonawcy. Wykonawca oświadczył, iż w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości ww. danych, a jego celem nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Jednocześnie Berger Bau Polska Sp. z o.o. przekazała Zamawiającemu oprócz danych, do których uzupełnienia została wezwana przez Zamawiającego w dniu 2 lipca 2008 r., również zmienioną, prawidłową informację na temat kwalifikacji pana Dariusza Rusnaka. Postępowania wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż w uzupełnieniu ww. wykonawca przekazał dokumenty potwierdzające spełnienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego, a także okoliczność, iż to na podstawie uzupełnionych dokumentów oferta Berger Bau Polska Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. *Ratio legis* ww. przepisu wskazuje na możliwość uzupełnienia dokumentów przez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Intencją ustawodawcy było niewątpliwie wyeliminowanie sytuacji, w której poszczególni wykonawcy zostaliby wykluczeni z postępowania z powodu uchybień, które mogą być naprawione. Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, iż uzupełnieniu podlegają oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie złożone i takie, które zawierają jakiekolwiek błędy, bez wskazania czy chodzi w tym miejscu o błędy natury formalnej czy merytoryczne błędy w zawartości dokumentu. Co więcej, mogą one potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony przez zamawiającego. W związku z powyższym uznać należy, iż złożenie dokumentu wskazujące na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niewątpliwie bowiem wykonawca w takiej sytuacji nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przeciwna interpretacja powyższego uregulowania prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, bowiem wykonawca niespełniający warunków, który złożył stosowny dokument byłby wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast wykonawca, który nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wezwany do jego uzupełnienia. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż Zamawiający miał prawo wezwać Berger Bau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia -dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego kwalifikacji Kierownika robót gazowniczych. Jednocześnie za

4

uprawnione należy uznać działanie wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. polegające na przekazaniu Zamawiającemu prawidłowych informacji na temat kwalifikacji pana Dariusza Rusnaka (w tym wskazanie pełnionych funkcji, czasu trwania poszczególnych prac) oraz wskazaniu pana Stanisława Burghardta na stanowisko Kierownika robót gazowniczych, czym wykonawca ten potwierdził spełnianie warunku dotyczącego

potencjału kadrowego. Tym samym bezpodstawne i nie poparte dowodami jest twierdzenie Odwołującego, iż zmiana danych dotyczących stażu pracy pana Rusnaka przy budowie gazociągu w ul. Fabrycznej we Wrocławiu prowadzi do wniosku, że jedna z informacji dotyczących ww. okoliczności (informacja zawarta w ofercie lub informacja przekazana w uzupełnionym Załączniku do Formularza 3.2) jest nieprawdziwa.

W ocenie Izby również zarzut dotyczący nie wykazania przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. stosownego doświadczenia nie zasługuje na uwzględnienie. W pkt 7.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy min. G, o długości co najmniej 10,0 km i za kwotę brutto min. 40 mln zł. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował, że długość dróg, jak i wartości prac należy odnieść do każdego z zadań osobno, wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 15 maja 2008 r. nie wprowadziły modyfikacji zapisu Specyfikacji, a miały na celu jedynie rozwianie wątpliwości konkretnego wykonawcy. Podkreślić należy, iż zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy nie oprotowali udzielonych wyjaśnień, co potwierdza, że brzmienie warunku nie budziło wątpliwości. Tym samym należy uznać, że wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnia postawiony warunek doświadczenia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

Z tym orzeczeniem nie zgodziła się Skanska S.A. Skarżący zarzucił naruszenie art. 7, 24 ust. 2 pkt 2 i 3 i 26 ust. 3 i 8 4 Prawa Zamówień Publicznych i wniosł: o zmianę wyroku i wykluczenie z postępowania Berger Bau Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu lub odrzucenie oferty tej spółki, a następnie powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,

1) o zasądzenie kosztów postępowania według norm przypisanych.

Powyższe zarzuty i wnioski uzasadni tym, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 21.08.2008 r. oddaliła odwołanie Skarżącego od wcześniejszego rozstrzygnięcia protestu.

Zdaniem KIO nie zachodziły przesłanki do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który przewiduje wykluczenie wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, podającego nieprawdziwe dane, o ile miały one wpływ na wynik postępowania. Zdaniem dane, o ile miały one wpływ na wynik postępowania. Zdaniem KIO do naruszenia w/w przepisu nie doszło, gdyż działanie uczestnika postępowania podającego nieprawdziwe informacje nie było umyślne, a ponadto zmienił on podaną wcześniej nieprawdziwą informację, przekładając dokumenty, które poświadczały spełnienie przez niego warunku stawianego przez zamawiającego. Skarżący nie zgadza się ze stanowiskiem KIO. W ocenie skarżącego, zgodnie z art. 24 ust.2 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcę, w razie zajścia okoliczności wymienionych w tym przepisie. Artykuł 24 ust. 2 Pzp wymienia w punktach 2 i 3 dwie niezależne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania:

złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik powołanego postępowania, niezłożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub złożenie dokumentów zawierających błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust.3 PZP. W wypadku gdy wykonawca złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje, o których mowa wyżej zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę. Informacja nieprawdziwa nie może być poprawiona lub zastępowana inną informacją w trybie określonym w art. 26 ust.3 PZP. Nie ma natomiast znaczenia, czy nieprawdziwa informacja została podana umyślnie, czy też nieumyślnie, gdyż ta okoliczność jest obojętna dla przepisu art. 24 ust.2 pkt 2. Postępowanie przewidziane w tym przepisie może być stosowane tylko w przypadku określonym w art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, a więc gdy wykonawcy nie złożyli dokumentów wymaganych przez Zamawiającego lub te dokumenty mają błędy. Za błąd nie może być jednak uznane podanie nieprawdziwej informacji, gdyż ustawodawca wyodrębnił w art. 24 ust. 2 nieprawdziwą informację i błąd w dokumencie lub oświadczeniu jako niezależne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania i zaznaczył, że jedynie błąd może być poprawiony w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Oznacza to, że podanie nieprawdziwej informacji nie może być utożsamione z błędem. Skarżący wskazał, że zamawiający wbrew obowiązkowi wykluczenia wykonawcy podającego nieprawdziwe informacje nie wziął pod uwagę tej okoliczności, która powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy z przetargu, potraktował ją natomiast jako błąd mogący być poprawiony w trybie art. 26 PZP. Podobne stanowisko zajęła KIO, uznając, że w niniejszym stanie faktycznym dokument zawierający nieprawdziwe informacje może zostać zamieniony przez dokument zawierający nowe inne informacje.

Zamawiający wymagał aby kierownik robót wodno-kanalizacyjnych oraz gazowych posiadał doświadczenie 3 lat pracy na tych stanowiskach odrębnie dla każdej branży. Na potwierdzenie tego warunku uczestnik postępowania złożył załącznik do formularza, w którym podał, że wskazana przez niego osoba -Pan Dariusz Rusnak zatrudniony był między innymi na budowie przy ul. Lotniczej jako kierownik robót w zakresie kanalizacji deszczowej i gazowej. Staż na stanowisku kierownika robót na tej budowie stanowił podstawę do uznania spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu przez Berger Bau Sp. z o.o., a bez uwzględnienia tego stażu Spółka ta warunków tych by nie spełniała. W ten sposób podanie nieprawdziwej informacji wpłynęło na wynik postępowania. Po otwarciu ofert Zamawiający stwierdził, że dołączony do oferty Berger Bau Sp. z o.o. załącznik do formularza 3.2. nie potwierdzał, że p. Rusnak ma 3 letnie doświadczenie w branży gazowniczej. Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 PZP wezwał Berger Bau

Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający może wzywać wykonawców do uzupełnienia dokumentów, których nie złożyli lub zawierają błędy. Nie może natomiast wzywać do uzupełnienia dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Za błąd bowiem uznać można jedynie naruszenie formalnych wymogów w dokumentach stawianych przez Zamawiającego, a nie merytoryczną jego treść.

Na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów Berger Bau wymieniła pierwotny załącznik do formularza i przedstawiła nowy dokument zawierający także informację, do których uzupełnienia nie była wzywana, tzn. podała nowe informacje dotyczące zatrudnienia p. Rusnaka na stanowisku kierownika robót wycofując wcześniej podaną informację nieprawdziwą. Zmiana powyższej informacji nastąpiła samowolnie z naruszeniem PZP gdyż, w tym zakresie wykonawca nie był wzywany do uzupełnienia danych. Wykonawcy nie mogą uzupełniać ofert oraz

dokumentów do nich dołączonych po terminie do ich składania z wyjątkiem uzupełnienia dokumentów w zakresie art. 26 ust. 3 PZP. W niniejszym przypadku Berger Bau Sp. z o.o. przekroczyła zakres żądania Zamawiającego czego ten jednak nie uwzględnił i pomimo wskazanych naruszeń PZP nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania. W ocenie skarżącego, Zamawiający dopuszczając złożenie przez Berger Bau nowego załącznika do formularza 3.2 naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich oferentów gdyż zezwolił jednemu z nich dokonać wymiany dokumentów wymaganych w przetargu już po otwarciu ofert, a następnie uznał takie działanie Berger Bau za prawidłowe i wybrał ofertę tej Spółki. Takie działanie stoi w sprzeczności z art. 7 PZP, gdyż narusza zasadę równego traktowania stron w postępowaniu, (patrz: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 lutego 2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-280/06).

Skarżący podtrzymał także inne dotychczasowe zarzuty. I tak, łączny staż pracy Pana Dariusza Rusnaka podany przez Berger Bau w załączniku do formularza 3.2 to 70 miesięcy podczas gdy wymagany przez Zamawiającego staż 3 lat dla robót wodnokanalizacyjnych i 3 lat dla robót gazowych to 72 miesiące, a zatem Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Berger Bau do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26.3 PZP, gdyż te dane nie mogły ulec zmianie. Zamawiający przyznał w piśmie z dn. 2.07.2008r., że złożona przez Berger Bau oferta nie potwierdza spełnienia warunku doświadczenia i w tym stanie Spółka ta powinna być wykluczona z postępowania.

Skarżący z ostrożności zarzucił także, podobnie jak w proteście, że Berger Bau nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, zgodnego z pkt 7.2.4 SIWZ, który wymagał wykonania 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy min. G o długości co najmniej 10 km i wartości 40 mln złotych.

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu wniosła o oddalenie skargi i o zasądzenie od skarżącej na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Stosownie do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców, pkt 7.2.2., Wykonawca powinien dysponować kierownikiem robót wodnokanalizacyjnych i gazowniczych posiadającym 3 letnie doświadczenie w realizacji podobnych robót. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Wykonawca BERGER BAU Polska Spółka z o.o. złożył (załącznik do oferty) wypełniony formularz 3.3., w którym podał, że funkcję kierownika robót wodociągowo-kanalizacyjnych i gazowniczych pełnić będzie Dariusz Rusnak, a w załączniku do formularza opisał doświadczenie osoby typowanej na funkcję kierownika tych robót. Wobec tego, że zadania wskazane w załączniku do formularza 3.2. nie potwierdzały, że Dariusz Rusnak ma wymagane doświadczenie, Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

Wykonawca w określonym terminie uzupełnił dokumentację, przesyłając nowy załącznik do formularza 3.2., potwierdzający fakt posiadania wymaganego doświadczenia Dariusza Rusnaka, a nadto wskazał jako kierownika robót gazowniczych Stanisława Burchardta oraz załączył dokumenty potwierdzające jego doświadczenie w realizacji robót gazowniczych. Jednocześnie Wykonawca podał, że wykaz zadań, jakimi kierował Dariusz Rusnak został skorygowany, gdyż nie pełnił on funkcji kierownika robót przy realizacji zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 94 (ul. Lotniczej) we Wrocławiu”. W ocenie Zamawiającego,

dla oceny poprawności działania Zamawiającego i Wykonawcy w tym zakresie - tj. co do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wyżej opisanej dokumentacji - istotna jest treść art. 26 ust. 3 PZP. Stosownie do tego artykułu, Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Zamawiający argumentował także, że dla prawidłowej wykładni przepisów art. 26 ust. 3 PZP należy mieć na uwadze, że ich treść została zmieniona ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560), która weszła w życie 11 czerwca 2007 r. Zmiana ta wpłynęła na dotychczasowy sposób rozumienia przepisów o wzywaniu do uzupełnienia dokumentacji, co znalazło już wyraz tak w piśmiennictwie jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Instytucja wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów jest jednym z mechanizmów zapobiegania sytuacjom, w których dochodziłoby do unieważnienia postępowania lub też eliminacji korzystnych ofert tylko ze względu na występowanie usuwalnych braków. O wadze instytucji i zamierzonym celu ustawodawcy świadczy fakt, że wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP jest obowiązkiem zamawiającego („zamawiający wzywa wykonawców”). Nie ulega zatem kwestii, że ograniczenie przypadków skutkujących koniecznością odrzucenia oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, jeżeli braki są usuwalne, stanowi *ratio legis* unormowania art. 26 ust. 3 PZP i jako takie jest ważną przesłanką właściwego rozumienia tego przepisu.

Nowelizacja z kwietnia 2007 r. przesądziła, że dniem doniosłym dla dokonania oceny, czy warunki udziału w przetargu zostały spełnione, jest dzień wyznaczony przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Z całą pewnością dniem takim nie jest dzień będący terminem składania ofert.

W kontekście zarzutów skargi Zamawiający stwierdził także, że wbrew jej zarzutom, Dariusz Rusnak spełnia wymogi stawiane kierownikowi robót wodociągowo - kanalizacyjnych. Wykonawca wykazał, że pełnił on funkcję kierownika budowy w zakresie sieci wodociągowo - kanalizacyjnych łącznie przez okres 37-u miesięcy na 8 zadaniach, z których każde realizowane było w innym terminie. Do tego okresu należy zaliczyć staż na budowie Kowale Ogrody (etap V i VI), ponieważ pełnił on na tym zadaniu funkcję kierownika budowy. Fakt, że równocześnie uczestniczył w realizacji robót związanych z przebudową drogi nr 94 oraz nadzorował roboty gazociągowe nie może być podstawą do nie zaliczenia tego okresu do okresu wymaganego doświadczenia. Odpowiadając na pytanie nr 181 co do treści pkt 7.2.2. SIWZ zamawiający wyjaśnił, że w przypadku robót wodno - kanalizacyjnych oraz robót gazowych, jedna osoba może pełnić funkcje tak kierownika robót wodno-kanalizacyjnych jak i gazowych, pod warunkiem spełniania wymogów dla obu tych funkcji. Zamawiający nie wymagał, aby doświadczenie kierownika robót dla różnych branż było z różnych lat.

Za pozbawiony podstaw uznać należy, w ocenie Zamawiającego, zarzut nieuprawnionej zmiany treści załącznika do formularza nr 3.2. poprzez wpisanie w poz. 2 „Budowa gazociągu przy ul. Fabrycznej we Wrocławiu innego terminu realizacji robót, a to z uwagi na wskazanie jako kierownika robót gazociągowych na tym zadaniu Stanisława Burchardta.

Ponadto, odpowiadając na pytanie dotyczące warunków opisanych w pkt 7.2.4. SIWZ zamawiający wyjaśnił, że doświadczenie, jakie wymaga od wykonawców, to zrealizowanie, w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy G o długości co najmniej 10 km za kwotę brutto minimum 40 mln złotych, przy czym powyższy warunek należy odczytywać jako łączne spełnienie wymagań. Odpowiedź ta nie została oprotestowana przez żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu. Wykonawca Berger Bau Polska Spółka z o.o. w swojej ofercie w formularzu 3.4. wykazał 2 zadania o łącznej długości 10,365 km i łącznej wartości 73.767.251,54 zł, czym spełnił warunki stawiane przez zamawiającego. Tym samym za nieuzasadnione uznać należy te zarzuty skargi, które za przedmiot mają nie spełnienie wymogów postawionych przez zamawiającego w pkt 7.2.4. SIWZ. Przystępujący do postępowania **Berger Bau Polska spółka z o.o.** wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

W niniejszej sprawie zarzuty odnosiły się do właściwego zastosowania przez uczestnika postępowania, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego (Berger Bau Polska spółka z o.o. we Wrocławiu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności jego tom I „Rozdział I „Instrukcja dla Wykonawców”, pkt 7.2.2.. Zgodnie z tym punktem Wykonawca winien wykazać się odpowiednim doświadczeniem. W szczególności winien zatrudniać kierownika robót wodnokanalizacyjnych i gazowniczych posiadającego 3 letnie doświadczenie w realizacji podobnych robót. I, jak słusznie zauważyła KIO na potwierdzenie spełnienia tego warunku Berger Bau Polska Spółka z o.o. złożył dokument w postaci załącznika do oferty (wypełniony formularz 3.3.). W tym załączniku, że funkcję kierownika robót wodociągowo-kanalizacyjnych i gazowniczych pełnić będzie Dariusz Rusnak, a w załączniku do tego formularza opisał doświadczenie osoby typowanej na funkcję kierownika tych robót. Sąd uznał, podobnie jak KIO, oraz skrzący, że dane zawarte w załączniku do formularza 3.2. nie potwierdzały, że wymieniony tam Dariusz Rusnak ma wymagane doświadczenie, Zamawiający prawidłowo, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zażądał od wykonawcy uzupełnienia dokumentów.

Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że ocena prawidłowości owego wezwania winna być dokonana w oparciu o wykładnię przepisu art. 26 ust. 2 Pzp. I tak, przepis powyższy, przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do wzywania Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny

potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Przepis ten zatem ma zastosowanie zarówno w sytuacji, gdy wykonawcy nie złożyli w ogóle dokumentów, o których mowa w art. 25, jak również sytuacji, gdy co prawda złożyli dokumenty, ale nie zawierające błędów.

Sąd Okręgowy podziela także stanowisko wyrażone przez Zamawiającego, że wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp winna być dokonywana w kontekście zmieniony wprowadzonej ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560), która weszła w życie 11 czerwca 2007 r. Nie ma wątpliwości, że zmiana powyższa służy odformalizowania postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Chodzi, w istocie o to, aby błędy w dokumentacji, czy też brak odpowiednich dokumentów, o których mowa w art. 25 nie był, a limie podstawa do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Podkreślić należy, że ustawodawca uczynił z wezwania do uzupełnienia obowiązek zamawiającego. W tym kontekście można także stwierdzić, że omawiana nowelizacja przesądziła, że momentem, w którym dokonywana jest ocena ofert będzie upływ terminu wyznaczonego przez zamawiającego na uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, nie zaś pierwotnego składania ofert.

W przedmiotowej sprawie, właściwie Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

= 10

że Berger Bau Polska spółka z o.o. w określonym przez zamawiającego terminie, uzupełniła dokumentację składającą się na załącznik do formularza nr 3.2. Obecnie dokument ten wskazuje jednoznacznie, że Dariusz Rusnak wykazuje się niezbędnym doświadczeniem, a nadto wskazał jako kierownika robót gazowniczych Stanisława Burchardta oraz załączył dokumenty potwierdzające jego doświadczenie w realizacji robót gazowniczych. Właściwie też należy ocenić zachowanie Berger Bau Polska spółka z o.o., że dokonano korekty zadań, jakimi kierował Dariusz Rusnak. Istotnie nie pełni on bowiem nie pełnił funkcji kierownika robót przy realizacji zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 94 (ul. Lotniczej) we Wrocławiu”, skorygowany,

Sąd Okręgowy, po analizie dokumentów i oświadczeń złożonych przez Berger Bau Polska spółka z o.o., w celu uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uznał, że Dariusz Rusnak realizuje wymogi kierownika robót wodociągowo - kanalizacyjnych. Z przedłożonych dokumentów wynika bowiem jednoznacznie, że pełnił on funkcję kierownika budowy w zakresie sieci wodociągowo - kanalizacyjnych łącznie przez okres 37 miesięcy na 8 zadaniach, z których każde realizowane było w innym terminie. W końcu można zaliczyć do tego okresu także doświadczenie w zakresie budowy Kowale Ogrody (etap V i VI). Na tym zadaniu pełnił on bowiem funkcję kierownika budowy. Nie ma przy tym znaczenia, dla oceny jego doświadczenia okoliczność, że równocześnie uczestniczył w realizacji robót związanych z przebudową drogi nr 94, jak również, że sprawował nadzór nad robotami gazociągowymi. Brak jest podstaw do pominięcia tego okresu z okresu wymaganego doświadczenia.

Sąd Okręgowy uznał bowiem, że kwestia ta była przedmiotem wątpliwości i dlatego na pytanie 181 do pkt 7.2.2. SOWZ zamawiający jednoznacznie odpowiedział, że w przypadku robót wodno

kanalizacyjnych oraz robót gazowych, jedna osoba może pełnić funkcje tak kierownika robót wodno-kanalizacyjnych, jak i gazowych, o ile wypełnia wymogi dla obu tych funkcji. Zamawiający nie wymagał, zatem, co jest dla uczestników postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wiążące, aby doświadczenie kierownika robót dla różnych branż było z różnych lat. Sąd Okręgowy zauważył, także, że kwestia budzącą wątpliwości było rozumienie SIWZ w zakresie pkt 7.2.4. i dlatego Zamawiający wyjaśnił, że doświadczenie, jakie wymaga od wykonawców, to zrealizowanie, w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej 2 zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi klasy G o długości co najmniej 10 km za kwotę brutto minimum 40 mln złotych, przy czym powyższy warunek należy odczytywać jako łączne spełnienie wymagań. Odpowiedź 'ta nie została oprotestowana przez żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu i dlatego stała się wiążąca na obecnym etapie postępowania. Wykonawca Berger Bau Polska Spółka z o.o. w swojej ofercie w formularzu 3.4. wykazał 2 zadania o łącznej długości 10,365 km i łącznej wartości 73.767.251,54 zł, a zatem wykonał warunki stawiane w tym zakresie przez SIWZ. Stąd też, zarzuty skargi w zakresie braku spełnienia przez Berger Bau Polska spółka z o.o. wymogów opisanych w pkt 7.2.4. SIWZ nie zasługują na uwzględnienie.

W końcu Skarżący zarzucił, że uczestnik postępowania Berger Bau Polska spółka z o.o. wyczerpał dyspozycję przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, podając omyłkowo w Załączniku do Formularza 3.2. (str. 91 oferty) nieprawdziwą informację przy jednym z kontraktów przedstawionych w ramach doświadczenia Dariusza Rusnaka w branży gazowniczej (ul. Lotnicza we Wrocławiu), iż zajmował stanowisko kierownika robót.

Sąd Okręgowy doszedł jednak do wniosku, że art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie znajduje tu zastosowania. Stanowi on, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Należy podkreślić, że wykluczenie stosowane jest jedynie w przypadku, gdy wprowadzenie w błąd miało wpływ rzeczywisty na przebieg postępowania przetargowego. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie zachodzi (tak: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.05.2005r., sygn. akt UZP/ZO/O-1 055/05). I tak, wskazany przez Berger Bau Polska spółka z o.o. Dariusz Rusnak jako osoba spełniająca wymogi „kierownik robót wodnokanalizacyjnych, gazowniczych” (Formularz 3.2. do oferty wraz załącznikami) spełnił wymagania Zamawiającego określone w pkt 7.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jak już wyżej wskazano, jedynie omyłkowe wpisanie przy jednym z kontraktów ilustrujących doświadczenie tej osoby w branży gazowniczej (ul. Lotnicza we Wrocławiu), że pełni on na tym zadaniu funkcje kierownika robót, nie miało żadnego wpływu na ocenę jego doświadczenia. Sąd Okręgowy uznał bowiem, że stosowanie do pkt 7.2.2 SIWZ zamawiający domaga się jedynie, aby wykonawca posiadał osoby mające kwalifikacje i doświadczenie w realizacji robót gazowniczych. Brak było wymogu, że dodatkowo osoba ta musi mieć kwalifikacje i doświadczenie do pełnienia funkcji kierowniczych w zakresie tej branży.

Ponadto rację ma Berger Bau Polska spółka z o.o., że owa omyłka została ustalona przez samego uczestnika postępowania. Nie można zatem twierdzić, że działanie tego uczestnika było zawinionym wprowadzeniem w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. W literaturze prawniczej podkreśla się także, że Wykonawca jest winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy przepisów dyrektywy 2004/18, dotyczących etapu kwalifikacji. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie

obiektywnych czynników, takich jak przykładowo wpływ błędu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd; uznanie za winnego ma charakter obiektywnego stwierdzenia takiej okoliczności, ustawodawca nie wymaga tutaj żadnego orzeczenia właściwego organu." (tak. A. Sołtysińska, Europejskie prawa zamówień publicznych. Komentarz. Kraków, 2006).

Mając na uwadze powyższe okoliczności

wstępie(art. 198§2Pzp). Orzeczenie w przedmiocie kno-tT??"

' U Kosztów postępowani

oparto o przepis art. 98 k.p.c.

na

a