

Sygn. akt: KIO/UZP 1902/09

WYROK
z dnia 19 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum); DHV Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa; MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 30 listopada 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum); DHV Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa; MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum); DHV Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa; MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum); DHV Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa; MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów.**

U z a s a d n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zarządzanie i nadzór inwestorski nad budową autostrady A-4 Węzeł Szarów – Węzeł Krzyż od km 455+900 do km 512+800”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 13 sierpnia 2009 r., Nr 2009/S 154-224937.

W dniu 20 listopada 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DHV Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zwane dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „ECM”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30 listopada 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ECM oraz

wykluczenia tego wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty wykonawcy ECM, a w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, względnie
4. wykluczenie tego wykonawcy z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
5. uznanie, iż najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożył Odwołujący.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż:

1. oferta wykonawcy ECM powinna być odrzucona, gdyż w świetle udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny nie sposób uznać, iż wskazane przez niego okoliczności stanowią obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp;
2. uzupełniony przez wykonawcę ECM w dniu 18 listopada 2009 r. wykaz dotyczący potencjału kadrowego pomimo, iż jako datę jego wystawienia wykonawca wskazał 6 października 2009 r. nie stanowi potwierdzenia spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.2. SIWZ na dzień składania ofert, gdyż w uzupełnionym wykazie znalazły się informacje, o których wiedzę wykonawca ECM mógł pozyskać dopiero po upływie terminu składania ofert, a dotyczące uzupełnionego wykazu, tj. nagłówka, doświadczenia Józefa M, Ewy B oraz Dariusza R;
3. w odpowiedzi na pismo z dnia 12 listopada 2009 r. skierowane do wykonawcy ECM, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca ten nie tylko uzupełnił brakujące informacje w zakresie imion i nazwisk osób oraz ich kwalifikacji zawodowych, ale również zmienił zawarte na ostatniej stronie pierwotnie złożonego wykazu oświadczenie dotyczące dysponowania osobami z pozycji 1-7 wykazu, tj. Leopolda G, Marka D, Jan K, Leona P oraz Andrzeja D, wskazując iż będzie dopiero dysponować tymi osobami;
4. załączona do uzupełnionych dokumentów deklaracja MP–Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w sprawie przekazania Odwołującemu dysponowania osobą Janusza A nie stanowi potwierdzenia spełnienia udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.2.4 SIWZ, gdyż MP–Mosty Sp. z o.o. nie dysponowało

osobą Janusza A w zakresie umożliwiającym przekazanie tej osoby innemu wykonawcy do dysponowania;

5. wbrew oświadczeniu wykonawcy ECM Dariusz R nie pełnił funkcji inspektora ds. rozliczeń przy realizacji wskazanego zadania inwestycyjnego, gdyż uczestniczył w realizacji tego zadania po stronie wykonawcy, tj. firmy STRABAG Sp. z o.o., co wyklucza możliwość uznania spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 6.2.2.5 SIWZ;
6. osoba wskazana na stanowisko inspektora ds. obmiarów i rozliczeń, tj. Robert P posiada jedynie 3 lata i 8 miesięcy doświadczenia, mimo iż Zamawiający wymagał 4-letniego doświadczenia. Nadto dodał, iż brak jest informacji o rozliczeniu przez tę osobę co najmniej jednego kontraktu drogowo-mostowego o wartości netto 60 ml zł.

Pismem z dnia 10 grudnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc:

1. w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, iż treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ECM nie daje podstaw do uznania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska jest przedmiot zamówienia i jego wartość;
2. w zakresie zarzutu 2, 3 i 4, podnosząc iż pismem z dnia 18 listopada 2009 r. wykonawca ECM przedstawił uzupełniony Formularz 3.2 (potencjał kadrowy) wraz z oświadczeniem MP-Mosty Sp. z o.o. zawierającym zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy ECM na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia Lepolda G, Jana K, Andrzeja D i Janusza A datowane na dzień 2 października 2009 r. oraz analogiczne oświadczenia złożone osobiście przez Leona Paćko datowane na dzień 6 października 2009 r. oraz Marka D datowane na dzień 2 października 2009 r. Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania prawdziwości przedmiotowych oświadczeń. Nieuprawnionym jest także zarzut, iż wykonawca MP-Mosty Sp. z o.o. w dniu, w którym upływał termin składania ofert nie dysponował osobą Janusza A w zakresie umożliwiającym przekazanie tej osoby do dysponowania wykonawcy ECM. Brak jest także dowodów wskazujących na to, iż uzupełniony wykaz personelu został sporządzony w innym niż deklarowany przez wykonawcę ECM terminie.
3. w zakresie zarzutu 5, iż w pkt 6.2.2 Instrukcji dla wykonawców, wskazując doświadczenie wymagane dla osoby pełniącej funkcję Inspektora ds. obmiarów i rozliczeń, nie ograniczył wymaganego doświadczenia wyłącznie do wykonywania obmiarów, wyceny i rozliczania robót po stronie Zamawiającego, co nie oznacza, iż wykonawca nie może legitymować się doświadczeniem po stronie wykonawcy;
4. w zakresie zarzutu 6, dotyczącego doświadczenia Roberta P, oferta wykonawcy ECM podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro jednak wykonawca ten w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego uzupełnił informacje dotyczące

stazu pracy Roberta P, wzywanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego byłoby niecelowe.

Pismem z dnia 21 grudnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP i do Zamawiającego w tej samej dacie), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz żądania zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nieudzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy ECM (pkt 1 protestu) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 28 października 2009 r. wezwał wykonawcę ECM do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podkreślając iż będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonywania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Pismem z dnia 29 października 2009 r. wykonawca ECM w udzielonych wyjaśnieniach wskazał m.in. na posiadanie dobrze zorganizowanej i funkcjonującej od wielu lat siatki biur, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, oraz odpowiednim zapleczem techniczno – organizacyjno - logistycznym, kadrą wykwalifikowanych pracowników oraz doświadczeniem związanym z bieżącym wykonywaniem nadzorów inwestorskich.

Zamawiający uznał, jak wynika z treści rozstrzygnięcia protestu, iż treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ECM nie daje żadnych podstaw do uznania, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie i piśmiennictwie ukształtowała się jednak praktyka wskazująca na to, że cena w znacznym stopniu odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia może być uznana za cenę rażąco niską. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający powziął wątpliwość co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę ECM nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia wraz zamówieniem uzupełniającym oszacował bowiem na kwotę 150.000.000,00 zł netto (druk ZP-1, którą to kwotę skorygowano w dniu 28 października 2009 r.) notatka służbowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego), otrzymując wartość nadzoru w wysokości 48.800.000,00 zł brutto. Natomiast wykonawca ECM za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę netto w wysokości 18.715.404,00 zł oraz kwotę brutto w wysokości 22.832.792,8 zł i cena ta odbiega od oszacowanej kwoty zamówienia. Niemniej jednak cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem wykonawca ECM udzielił tak ogólnikowych wyjaśnień, iż mogłyby one dotyczyć niemal każdego dowolnie wybranego postępowania. Wskazuje on m.in. na duże doświadczenie zdobyte podczas zakończonych usług nadzoru. Jednak doświadczenie takie musiał posiadać każdy z wykonawców, aby móc spełnić warunki udziału w niniejszym postępowaniu, a tym samym móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Perfekcyjna organizacja prac budowlanych oraz stała współpraca ze wskazanym personelem kluczowym związanym od lat z wykonawcą ECM w świetle braku wypełnienia w złożonej ofercie informacji dotyczącej personelu kluczowego, także rodzi wątpliwości co do tego stwierdzenia. Również zysk, który jak podniósł wykonawca ECM, jest czynnikiem nieporównywalnym, jednak w zestawieniu z pozostałymi okolicznościami wskazanymi przez wykonawcę ECM, w tym ogólnikowym stwierdzeniem, dotyczącym dotychczasowego doświadczenia „pozwalającym na trafne oszacowanie proporcji ryzyka i ceny” i ta okoliczność budzi duże wątpliwości. Dobrze zorganizowana i funkcjonująca od lat sieć biur wyposażonych m.in. w szerokopasmową sieć teleinformatyczną oraz odpowiednie zaplecze techniczno – organizacyjno - logistyczne nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, iż „posiadanie na

terenie budowy dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno – organizacyjno - logistycznym, dysponowanie kadrami wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów”. Wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma bowiem obowiązek wskazania nie tylko obiektywnych czynników, mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności, a Zamawiający ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez niego wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności. Tymczasem okoliczności wskazane przez wykonawcę ECM jako czynniki obiektywne mające wpływ na wysokość ceny w istocie takimi okolicznościami nie są.

Nieuprawnionym jest stanowisko Zamawiającego jakoby w niniejszym stanie faktycznym nie występowała żadna z przesłanek zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca ECM, co prawda, złożył wyjaśnienia. Niemniej jednak Zamawiający był obowiązany dokonać ich oceny, a przede wszystkim ustalić, czy mają one charakter czynników obiektywnych, są spójne i dostatecznie wyjaśniają powstałe wątpliwości. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią bowiem podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie wykonawca ECM użył w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień. W niniejszym stanie faktycznym ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ECM nie prowadzi do uznania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo, iż ceny na rynku tego rodzaju usług faktycznie uległy znaczącej zmianie. W sytuacji, gdy po otwarciu ofert dokonano przeszacowania wartości zamówienia z uwagi na to, iż wszystkie złożone oferty w sposób drastyczny odbiegały od oszacowanej wcześniej wartości zamówienia szczególnie wnikliwie należy się odnieść do zaoferowanych przez wykonawców cen, a wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności jej wystąpienia. Takich okoliczności wykonawca ECM niewątpliwie nie przedstawił, a Zamawiający w sposób bezkrytyczny uznał je za wystarczające, mimo iż bez analizy złożonych wyjaśnień oraz ich weryfikacji pod kątem

choćby okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie powinien przyjąć, że udzielone wyjaśnienia są wystarczające, a tym samym, iż oferta wykonawcy ECM nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji (pkt 2 i 3 protestu) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w „Instrukcji dla wykonawców” rozdział 6.2.2 „Potencjał kadrowy” zamieścił postanowienie, iż wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował osobami legitymującymi się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone, wskazując wymagania w zakresie minimalnej liczby osób na każdą z wymienionych funkcji oraz kwalifikacje i doświadczenie, jakie muszą spełniać osoby proponowane przez wykonawcę. Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem 7 „Dokumenty i oświadczenia (...)”, żądając złożenia wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na formularzu zgodnym z treścią formularza 3.2 „Potencjał kadrowy”.

Wykonawca ECM wraz z ofertą złożył formularz 3.2 „Potencjał kadrowy”, w którym nie wskazał z imienia i nazwiska, a więc zgodnie z wymogiem SIWZ, ale i doświadczenia i kwalifikacji potwierdzających spełnianie wymagania, osób do pełnienia funkcji: inżyniera koordynatora (1 osoby), inżyniera rezydenta (3 osób), zastępcy inżyniera rezydenta ds. obiektów inżynierskich – głównego inspektora nadzoru ds. obiektów inżynierskich (2 osób), przedmiotowy wykaz podpisując z datą „06.10.2009 r.” i, oświadczając, że dysponuje osobami wskazanymi w poz. 1-7 wykazu.

Natomiast, pismem z dnia 4 listopada 2009 r., wezwał wykonawcę ECM do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym spełniania wymogów doświadczenia przez Józefa M, Ewy B i Dariusza R, a wykonawca ECM, pismem z dnia 6 listopada 2009 r. stosownych wyjaśnień udzielił.

Pismem z dnia 12 listopada 2009 r. Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ECM do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6.2.2. „Instrukcji dla wykonawców”, podnosząc iż w złożonym wykazie nie wskazał kandydatów do pełnienia funkcji: inżyniera koordynatora (1 osoby), inżyniera rezydenta (3 osób), zastępcy inżyniera rezydenta ds. obiektów inżynierskich – głównego inspektora nadzoru ds. obiektów inżynierskich (2 osób).

W dniu 19 listopada 2009 r. (pismem z dnia 18 listopada 2009 r.) wykonawca ECM uzupełnił złożony wcześniej wykaz, opatrzony datą wystawienia „06.10.2009 r.”, przez wskazanie niżej wymienionych osób do pełnienia niewypełnionych wcześniej funkcji, tj.:

- inżynier koordynator – Leopold G

- inżynier rezydent – Marek D, Jan K, Leon P
- zastępca inżyniera rezydenta ds. obiektów mostowych – Andrzej D, Janusz A,

załączając oświadczenie firm, które zobowiązują się udostępnić wykonawcy ECM wskazane osoby, w tym oświadczenie firmy MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 2 października 2009 r., w którym firma ta zobowiązuje się do udostępnienia firmie ECM wskazanych osób, tj. Leopolda G, Jana K, Janusza A i Andrzeja D. Nadto zamieścił oświadczenie, iż dysponuje „osobami wymienionymi w poz. 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13 powyższego wykazu”, natomiast nie dysponuje „osobami wymienionymi w poz. 1, 2, 3, 4, 9, 10” wykazu, lecz będzie nimi dysponować. Wątpliwości Odwołującego wzbudziła także okoliczność, iż wykonawca ECM, uzupełniając złożony formularz „Potencjał kadrowy” w wykazie tym ujął udzielone wcześniej wyjaśnienia i jako datę jego wystawienia podał „06.10.2009 r.” oraz uwzględnił poprawki dokonane przez Zamawiającego w wykazie złożonym wraz z ofertą, a dotyczące nagłówka i stopki, nadużywając w ten sposób art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aby jednak możliwym było uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji koniecznym jest ustalenie, „na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowanie go pod względem prawnym przez przypisanie mu konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (wyrok SN z dnia 22 października 2002 r. w sprawie o sygn. akt III CKN 271/01).

W niniejszym stanie faktycznym działanie wykonawcy ECM miało by polegać – jak wynika z pism procesowych Odwołującego - nie niewypełnieniu wskazanych pozycji wykazu personelu (nr 1, 2, 3, 4, 9 i 10), jak również składaniu nieprawdziwych oświadczeń w zakresie dysponowania określonymi osobami, gdyż wykonawca ten – jak podnosi Odwołujący - dopiero po otwarciu ofert organizował swoją kadrę.

W tym miejscu należy zauważyć, jak słusznie podkreślał Zamawiający, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie zarówno wtedy kiedy określone dokumenty i oświadczenia nie zostały złożone, jak i wówczas, gdy złożone dokumenty zawierają błędy. Tak więc nie można mu czynić zarzutu z racji zastosowania tego przepisu w sytuacji, gdy dokument złożony przez wykonawcę ECM nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na braki występujące w przedłożonym wykazie. Zamawiający zobowiązany był bowiem wezwać go do jego uzupełnienia, przy czym przepis ten nie nakłada na Zamawiającego obowiązku badania przyczyn, dla których wykonawca nie złożył

oświadczenie lub dokumentu albo też złożył wadliwy dokument lub oświadczenie. Zamawiający podejmując decyzję o wezwaniu wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń kieruje się wyłącznie treścią złożonej oferty. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert. Tym samym wszelkie uzupełnienia i wyjaśnienia mają potwierdzać spełnianie warunku na ten właśnie dzień, co także oznacza, iż także z treści danego dokumentu może wynikać spełnianie warunku. Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania dokumentów złożonych przez tego wykonawcę. Z treści złożonego wraz z ofertą formularza „Potencjał kadrowy” jednoznacznie wynika, iż wykonawca ECM w dacie złożenia oferty nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6.2.2. „Instrukcji dla wykonawców”, z uwagi na brak wskazania kandydatów do pełnienia funkcji: inżyniera koordynatora (1 osoby), inżyniera rezydenta (3 osób), zastępcy inżyniera rezydenta ds. obiektów inżynierskich – głównego inspektora nadzoru ds. obiektów inżynierskich (2 osób). Tak więc jedyną racjonalną decyzją, zresztą dokonaną prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, było wezwanie wykonawcy ECM, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż przepis ten został prawidłowo zastosowany. Niezłożenie dokumentu lub też złożenie zawierającego błędy nie tylko, że nie jest czynem bezprawnym, ale i nie stanowi deliktu szczegółowego określonego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Kwestia antydatowania dokumentu nie została przez Odwołującego udowodniona, a to na nim – zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywa ciężar dowodu. Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania ich prawdziwości. Natomiast ustalenie kiedy kwestionowany dokument został wystawiony, czy istotnie został antydatowany, a jeżeli tak to przez kogo może być jedynie przedmiotem dochodzenia przed odpowiednim organem ścigania.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność jakoby wykonawca ECM dopiero po złożeniu ofert organizował sobie kluczowy personel, dopuszczając się tym samym czynu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na brak dowodów nie może być uwzględniona. Strony zgodnie potwierdziły, iż wykonawca ten po otwarciu ofert faktycznie dokonał wglądu do ofert konkurujących wykonawców. Tym niemniej nie udowodnił, iż okoliczność ta spowodowała podjęcie działań w celu pozyskania personelu wskazanego w ofercie konkurencji. Tak więc nawet rozważanie, czy w danym stanie faktycznym doszło do naruszenia chociażby dobrych obyczajów nie doprowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, że istotnie tak było. Wykonawca w świetle obowiązujących przepisów jest zainteresowany, ze względu chociażby na dotkliwy finansowo skutek w postaci utraty wadium w przypadku niezłożenia dokumentów, złożeniem prawidłowej oferty. Tym bardziej nie można jednoznacznie stwierdzić, przy tak nieostrym

pojęciu, jakim są „dobre obyczaje”, iż wykonawca ten rzeczywiście dopuścił się ich naruszenia. Twierdzenia, jakoby była to stała praktyka wykonawcy ECM, wobec braku dowodów takiego działania, a jedynie uprawdopodobnienia zaistnienia takich okoliczności w innych postępowaniach (sytuację taką jedynie uprawdopodobnia wezwanie przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu), jak i możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zasługują na uwzględnienie. Potwierdzeniem powyższego mogłyby być np. oświadczenia, czy też zeznania pozyskiwanych przez wykonawcę ECM pracowników, a takowych, jak należy przypuszczać, w sytuacji gdy te same osoby występują w ofertach różnych wykonawców nie sposób uzyskać. W tej sytuacji wszelkie rozważania zachowania tego wykonawcy, jak i motywów jego działania mogą być co najwyżej niczym nie popartym przypuszczeniem Odwołującego.

Reasumując należy stwierdzić, iż takie sytuacje jak permanentny brak wskazania w złożonej ofercie osób do pełnienia kluczowych funkcji faktycznie budzi szereg wątpliwości. Niemniej jednak do jednoznacznego stwierdzenia, że takie zachowanie jest czynem nieuczciwej konkurencji wymaga zaistnienia wszystkich wskazanych w trakcie powyższych rozważań okoliczności.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania osobą Janusza Antonów (pkt 4 protestu) potwierdził się.

Bezspornym jest, iż w wyniku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6.2.2. „Instrukcji dla wykonawców”, tj. formularza „Potencjał kadrowy” wykonawca ECM, pismem z dnia 18 listopada 2009 r., wskazał Janusza A jako jedną z osób do pełnienia funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta ds. obiektów mostowych, oświadczając, że będzie dysponował wskazanymi osobami, załączając oświadczenie firmy MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 2 października 2009 r., w którym firma ta zobowiązuje się do udostępnienia wykonawcy ECM wskazanych osób, w tym osoby Janusza A.

Bezspornym jest także, iż Janusz A w dniu 27 listopada 2009 r. złożył oświadczenie (załączone do odwołania), z treści którego wynika, iż firma MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie nie dysponowała jego osobą w zakresie, który umożliwiłby jej udostępnienie innym firmom, w tym wykonawcy ECM. Przesłuchany w charakterze świadka, na zgodny wniosek Stron, Janusz A oświadczył, iż z firmą MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zawarł ustne porozumienie, w którym ustalono, iż firma MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie może dysponować jego osobą tylko na potrzeby zamówienia w ramach konsorcjum MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Inwestor Zastępczy, ale oświadczył także, iż „trudno powiedzieć, czy miało to być w ramach konsorcjum MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Inwestor Zastępczy, czy też na konkretne zamówienie

realizowane w ramach jakiegokolwiek konsorcjum”, następnie konsekwentnie podkreślając, iż zgadzał się na wskazanie jego osoby wyłącznie w ofercie wykonawcy MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, a nie wykonawcy ECM.

Izba stwierdziła, iż w ofertach wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu w wielu pozycjach formularza „Potencjał kadrowy” wykonawcy do pełnienia określonej funkcji wskazali tę samą osobę. Sytuacja taka dotyczy także Janusza A. Faktem powszechnie znanym na rynku tego rodzaju usług jest sytuacja, iż określone specjaliści są wskazywani w ofertach różnych wykonawców, zawierając z nimi stosowne porozumienia osobiście, bądź też za pośrednictwem firm, w których dyspozycji się znajdują. W świetle powyższego szczególnie ostrożnie należy odnosić się do okoliczności dysponowania określoną osobą przez danego wykonawcę.

Izba dała wiarę zeznaniom świadka Janusza A złożonym w trakcie rozprawy do protokołu. Tym niemniej zauważyła nieścisłości w tych zeznaniach. Brak pisemnego porozumienia pomiędzy MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, a Januszem A w sprawie dysponowania jego osobą istotnie mógł spowodować różne rozumienie dysponowania jego osobą. Jednak stanowcze oświadczenie Janusza A przekonało Izbę, iż zgadzał się on jedynie na wskazanie jego osoby w ofercie konsorcjum, w skład którego wchodziła firma MP-MOSTY. Okoliczności te (zeznania Janusza A), jak i jego oświadczenie dołączone do odwołania są niewątpliwie okolicznościami nowymi, które nie były znane Zamawiającemu w momencie rozstrzygnięcia protestu, jednak zarzuty podniesione przez Odwołującego w proteście mogły i powinny już wzbudzić wątpliwość Zamawiającego i w konsekwencji spowodować wyjaśnienie tej nader złożonej kwestii. W chwili rozstrzygnięcia odwołania, wobec braku dowodów przeciwnych, w tym także stanowiska wykonawcy ECM, jak i firmy MP-MOSTY, w odniesieniu do oświadczenia Janusza A, zwłaszcza że oświadczenie i zeznania Janusza A są nową okolicznością, stwierdzić należy, iż firma ta nie dysponowała osobą Janusza A w takim zakresie, aby mogła jego osobę udostępnić wykonawcy ECM. Informacja podana przez wykonawcę ECM, iż będzie dysponował osobą Janusza A jest więc nieprawdziwa. A ponieważ ma ona wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczy spełniania warunków udziału w postępowaniu, jej skutkiem powinno być wykluczenie wykonawcy ECM z przedmiotowego postępowania. Ewentualna zła wola firmy MP-MOSTY przejawiająca się w niedysponowaniu osobą Janusza A nie ma znaczenia dla oceny, czy wykonawca EMC podał nieprawdziwe informacje. Istotne jest tylko to, że niewątpliwie podana informacja ma realny wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Zarzut niespełnienia wymogu określonego w pkt 6.2.2.5 „Instrukcji dla wykonawców” (pkt 5 protestu) potwierdził się.

Zamawiający do pełnienia funkcji Inspektora ds. Obmiarów i Rozliczeń wymagał określonego doświadczenia zawodowego, tj. co najmniej 4 lat doświadczenia w obmiarach i wycenie robót budowlanych, przygotowaniu/rozpatrywaniu roszczeń, rozliczaniu robót, w tym na stanowisku samodzielnego Inspektora ds. Rozliczeń doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia co najmniej jednego kontraktu drogowo-mostowego, o wartości netto co najmniej 60 mln PLN.

Wykonawca ECM do pełnienia funkcji Inspektora ds. Obmiarów i Rozliczeń zaproponował: Dariusza R, w wyjaśnieniu z dnia 6 listopada 2009 r., a następnie w uzupełnieniu z dnia 18 listopada 2009 r., wskazując iż zadanie pn. „Remont mostu w Chełmnie w ciągu drogi krajowej nr 1” „doprowadzone do wystawienia Świadectwa Przejęcia przy udziale osobie wykazującej doświadczenie”.

Odwołujący, kwestionując doświadczenie Dariusza R przy realizacji ww. zadania, podniósł iż okoliczność sprawowania funkcji kierownika finansowego po stronie wykonawcy wyklucza możliwość uznania doświadczenia osoby tej przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.2.5 SIWZ, wskazując go również w swojej ofercie jako jedną z trzech osób desygnowanych do pełnienia funkcji Inspektora ds. Obmiarów i Rozliczeń.

W ocenie Izby z literalnego brzmienia warunku postawionego przez Zamawiającego w SIWZ jednoznacznie wynika, iż wymagał on legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem zawodowym we wskazanym zakresie, natomiast z doprowadzeniem do wystawienia Świadectwa Przejęcia wyłącznie na stanowisku Inspektora ds. Rozliczeń, a więc stanowisku odpowiadającym tej funkcji, którą w wyniku pozytywnego rozstrzygnięcia przetargu pełniłaby wskazana przez wykonawcę osoba. Tak więc potwierdzeniem tak postawionego warunku, w kwestionowanym zakresie, nie może być pełnienie innej funkcji niż Inspektor ds. Rozliczeń, chyba że wykonawca w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazałby, iż osoba pełniąca określoną funkcję faktycznie wykonywała wszystkie czynności zastrzeżone dla Inspektora ds. Rozliczeń, co zostało zawarte w szczegółowym zakresie powierzonych jej zadań, a jedyną różnicą jest nazwa tej funkcji, a więc *de facto* pełniła funkcję Inspektora ds. Rozliczeń. Wykonawca ECM w złożonych dokumentach (złożonym wraz z ofertą formularzu „Potencjał kadrowy”, formularzu załączonym do złożonych wyjaśnieniach oraz uzupełnionym formularzu) konsekwentnie wskazywał, iż Dariusz R w realizacji zadania pn. „Remont mostu w Chełmnie w ciągu drogi krajowej nr 1” pełnił funkcję inspektora ds. rozliczeń, mimo iż – jak dowodzi Odwołujący – była to w istocie funkcja kierownika ds. finansowych pełniona u wykonawcy STRABAG Sp. z o.o, a więc funkcji tej nie pełnił po stronie nadzoru. Powyższe nie przesądza jednak o zakwalifikowaniu takiej informacji jako stanowiącej złożenie nieprawdziwych informacji. Jak wyżej Izba wskazała, o zakresie wykonywanych zadań nie zawsze bowiem świadczy nazwa funkcji, ale zakres

wykonywanych zadań, a ten nie został jednoznacznie wskazany. Jak zgodnie podnosiły Strony kwestionowany kontrakt był realizowany w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Istotę sporu stanowi natomiast okoliczność, czy wystawienie Świadectwa Przejęcia miało nastąpić przy udziale wskazanej osoby, jak również czy miała ona legitymować się wyłącznie pracą po stronie nadzoru. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iż takiego wymogu nie stawiał, wskazana osoba – jak wynika z treści postawionego warunku -miała wykazać się doświadczeniem po stronie nadzoru. Skoro więc Dariusz R, w kwestionowanej usłudze, nie wykonywał jej po stronie nadzoru, lecz po stronie wykonawcy, a tak wynika z przedłożonego przez Odwołującego pisma firmy na rzecz, której osoba ta funkcję tę pełniła oznacza to, że wykonawca ECM w zakresie tym nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut niespełnienia wymogu określonego w pkt 6.2.2.5 „Instrukcji dla wykonawców” (pkt 6 protestu) nie potwierdził się.

Zamawiający w pkt 6.2.2.5 „Instrukcji dla wykonawców” wskazał, iż do pełnienia funkcji Inspektora ds. Obmiarów i Rozliczeń wymaga określonego doświadczenia zawodowego, tj. co najmniej 4 lat doświadczenia w obmiarach i wycenie robót budowlanych, przygotowaniu/rozpatrywaniu roszczeń, rozliczaniu robót, w tym na stanowisku samodzielnego Inspektora ds. Rozliczeń doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia co najmniej jednego kontraktu drogowo-mostowego, o wartości netto co najmniej 60 mln PLN.

Wykonawca ECM do pełnienia funkcji Inspektora ds. Obmiarów i Rozliczeń zaproponował Roberta P, który zgodnie z treścią oferty oraz jej uzupełnieniem z dnia 18 listopada 2009 r. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń w zespole inżyniera kontraktu przy realizacji zadania pn. „Budowa bytomskiego odcinka Obwodnicy Północnej aglomeracji górnośląskiej – etap II”, a przedmiotowa inwestycja została zakończona wydaniem Świadectwa Przejęcia.

Odwołujący, odnosząc się do osoby Roberta P podniósł, iż w dacie wystawienia Świadectwa Przejęcia osoba ta nie pracowała przy tym kontrakcie, tym samym nie mogła doprowadzić do wystawienia Świadectwa Przejęcia, na potwierdzenie powyższego przedkładając pismo Urzędu Miejskiego w Bytomiu.

Kwestią sporną w odniesieniu do osoby Roberta P jest okoliczność doprowadzenia do wystawienia Świadectwa Przejęcia. W ocenie Izby przedłożone przez Odwołującego pismo Urzędu Miejskiego w Bytomiu, wbrew jego twierdzeniom, jednoznacznie nie wskazuje, iż Robert P nie doprowadził do wystawienia Świadectwa Przejęcia. Jego treść budzi co najwyżej pewne wątpliwości, które mogły być wyjaśnione przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający przyznał, iż istotnie popełnił błąd, dokonując oceny

spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do tej osoby. Niemniej jednak z uwagi na uzupełnienie przez wykonawcę ECM, pismem z dnia 7 grudnia 2009 r., będącym uzupełnieniem przystąpienia do postępowania protestacyjnego, jak wykonawca ECM sam przyznał, wskazanych w pierwotnym wykazie niepełnych informacji dotyczących doświadczenia Roberta P (innych prac potwierdzających spełnianie postawionych dla tej funkcji wymagań) stwierdzić należy, iż w tym zakresie wykonawca ECM potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, jak słusznie podniósł Zamawiający, bezcelowym ze względu chociażby na zasadę szybkości i efektywności postępowania byłoby wzywianie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu faktycznie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego i ograniczając ją do wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....