

**Sygn. akt: KIO 1270/16
KIO 1274/16**

**WYROK
z dnia 29 lipca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 11 lipca 2016 r. przez Odwołującego **ILF Consulting Engineers Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 1270/16);
- B) w dniu 11 lipca 2016 r. przez Odwołującego **Safege S.A.S.** z siedzibą w Nanterre 15-27 rue de Port Parc de l'Île, 92200 Nanterre, Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 03-305 Warszawa (sygn. akt KIO 1274/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny, ul. Minerska 16, 04-506 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **Safege S.A.S.** z siedzibą w Nanterre 15-27 rue de Port Parc de l'Île, 92200 Nanterre, Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 03-305 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1270/16 po stronie Zamawiającego

wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1274/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

- A. Oddala odwołanie wniesione przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1270/16);**
- B. Oddala odwołanie wniesione przez Saferge S.A.S. z siedzibą w Nanterre Oddział w Polsce (sygn. akt KIO 1274/16).**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1270/16) oraz Saferge S.A.S z siedzibą w Nanterre Oddział w Polsce (sygn. akt KIO 1274/16) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1270/16) oraz Saferge S.A.S. z siedzibą w Nanterre Oddział w Polsce (sygn. akt KIO 1274/16), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 zasądza od Odwołujących: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1270/16) oraz Saferge S.A.S z siedzibą w Nanterre Oddział w Polsce (sygn. akt KIO 1274/16) na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (sygn. akt KIO 1270/16 i KIO 1274/16) kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, w tym:

- A) od ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - w sprawie KIO 1270/16,
- B) od Saferge S.A.S. z siedzibą w Nanterre Oddział w Polsce kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - w sprawie KIO 1274/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny w trybie przetargu nieograniczonego na *nadzór nad wykonaniem dokumentacji projektowej i nad robotami budowlanymi w formule „Projektuj i Buduj” na linii nr 8, na odcinku od km 38,800 do km 100,850 dla Lot-u B w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1.a „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom (LOT A,B,F) – Faza II” oraz LOT-ów: C,D,E w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1.b „Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C,D,E)”* (nr postępowania: 9090/IREZA1/12803/04924/15/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 208-378024 w dniu 27 października 2015 r., wobec czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę wykluczonego z postępowania (ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej (Safege S.A.S) zostały wniesione w dniu 11 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 1270/16) oraz Safege S.A.S. z/s w Nanterre Oddział w Polsce (sygn. akt KIO 1274/16).

Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu z postępowania wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w dniu 30.06.2016 r. (znak IREZA1k-216-64/30/16) mailem oraz faksem.

Do postępowań odwoławczych przystąpili po stronie Zamawiającego obaj wykonawcy wnoszący odwołania do sprawy wywołanej odwołaniem odpowiednio przez ILF oraz Safege.

A. Sygn. akt KIO 1270/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1270/16 Odwołujący – ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (dalej jako ILF) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty pomimo wykazania spełniania przez ILF warunków udziału w postępowaniu. Czynności Zamawiającego mają naruszać przepisy:

1. art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez wybranie oferty Safege, która wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego ILF nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji wykluczenia uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykazał to w toku postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Safege, unieważnienia wykluczenia Odwołującego ILF z postępowania i odrzucenia jego oferty i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego.

Na istnienie interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania wskazywać ma okoliczność, iż oferta ILF jest najkorzystniejszą, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, stąd czynności podjęte przez Zamawiającego, jako naruszające przepisy Ustawy naruszają interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

W zakresie braku podstawy do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Safege Odwołujący ILF wskazał na okoliczności faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty, których konsekwencją była naruszająca przepisy Ustawy decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający uznał, iż ILF nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy ofertę odrzucił.

Zamawiający stwierdził, że osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym nie posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w swojej specjalności w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Dodatkowo uznał, iż wykonawca przedłożył niejednoznaczne wyjaśnienia odnośnie wskazanej osoby, co mogło oznaczać świadome działanie mające wprowadzić Zamawiającego w błąd, skutkującego wyborem tego wykonawcy do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że złożone w toku postępowania dokumenty wykazywały wymagane doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej, a Zamawiający nie miał podstaw do pominięcia dokumentów uzupełnionych na jego wezwanie z 4 marca 2016 r. i 26 kwietnia 2016 r. Podniósł, iż wskazana osoba posiada uprawnienia budowlane od 13 października 1966 r. w specjalności urządzenia zabezpieczenia ruchu kolejowego i łączności kolejowej do kierowania robotami budowlanymi w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i posiada prawo do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie. Za błędne uznał stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym sprawowanie jakichkolwiek funkcji przed datą 1 stycznia 2010 r., kiedy to wskazana osoba została wpisana na listę członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, nie może być uznane za wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. W przypadku osób posiadających uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej obowiązek wpisu na listę członków właściwej izby inżynierów budownictwa powstał dopiero od 31 maja 2004 r., kiedy to weszły w życie przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r., o zmianie ustawy Prawo budowlane (Dz. U. Nr 93, poz. 888). Zgodnie z art. 104 tej

ustawy Osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

Odnośnie zarzutu podania nieprawdziwych informacji Odwołujący ILF wskazał, iż działał w dobrej wierze i nie miał na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie posiadanego przez wskazaną osobę doświadczenia.

B. Sygn. akt KIO 1274/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1274/16 Odwołujący – wykonawca Safege S.A.S., Oddział w Polsce (dalej jako Safege) zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy ILF z uwzględnieniem wszystkich podstaw, w tym z uwagi na niespełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zawartego w pkt 8.2.2. i 8.4.1 siwz.

Skutkiem zaskarżonych czynności ma być naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ILF z uwagi na brak spełniania wskazanego w pkt 8.2.2 i 8.4.1 siwz warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 92 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wszystkich podstaw prawnych i faktycznych wykluczenia wykonawcy ILF z postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1, będącego konsekwencją powyższych naruszeń poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ILF, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie dokonania czynności powtórnego badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na pominięte przez Zamawiającego okoliczności, które powinny prowadzić do uznania, iż wykonawca ILF nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w szerszym zakresie, niż podany przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania.

Uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia, Odwołujący podniósł, iż jego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, a odwołanie zmierza do rozszerzenia podstawy prawnej i faktycznej wykluczenia wykonawcy ILF z postępowania, którego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, gdyby decyzja o wykluczeniu ILF z postępowania została skutecznie podważona w drodze przysługujących temu wykonawcy środków ochrony prawnej. Z uwagi na zasadę koncentracji środków odwoławczych wybór oferty tego wykonawcy nie mógłby być później podważonych w oparciu o okoliczności znane Odwołującemu po zakończonej pierwszej czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Chociaż oferta Safege został wybrana jako najkorzystniejsza, to nie oznacza to jeszcze, że uzyska on przedmiotowe zamówienie. Odwołującemu przysługuje więc interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Możliwość naruszenia interesu Odwołującego w analogicznej sytuacji, tj. pomimo wyboru jego oferty w postępowaniu potwierdza przywołane w odwołaniu orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (postanowienie z 20.06.2011 r., sygn. akt KIO 1237/11; wyrok z 15.10.2013 r., sygn. akt KIO 2347/13, postanowienie z 30.12.2010 r. sygn. akt KIO 2734/10, wyrok z 16.04.2013 r., sygn. akt KIO 623/13, KIO 631/13; wyrok z 23.03.2013 r., sygn. akt KIO 530/13; wyrok z 15.05.2010 r., sygn. akt KIO 800/12; postanowienie z 27.04.2011 r., sygn. akt KIO 792/11; postanowienie KIO z 11.06.2012 r., sygn. akt KIO 1114/12; wyrok z 23.12.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1434/08 KIO/UZP 1451/08).

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na brak spełniania przez ILF warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w którym Zamawiający wymagał wykazania się dwoma wykonanymi usługami spełniającymi kryteria opisane szczegółowo w pkt 8.4.1 siwz, a także na brak wykazania, iż w stosunku podmiotu, który miałby uczestniczyć w realizacji zamówienia nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Odwołujący zakwestionował możliwość uwzględnienia dokumentu „referencje klienta” z 29.11.2013 r., wydanej dla usługi zarządzania inwestycją nowa szybkobieżna linia kolejowa Wiedeń – St. Polten Tunel Lainzer (Austria) wystawionej dla spółki ILF Baretende Ingenieure ZT GmbH z siedzibą w Innsbrucku, odrębnej od ILF z siedzibą w Warszawie (poz. 1 wykazu). Aby móc skutecznie powoływać się na doświadczenie podmiotu trzeciego złożone zostało zobowiązanie, uzupełnione na wezwanie Zamawiającego przez wskazanie, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia wraz z dokumentami podmiotowymi wymaganymi dla podmiotów użyczających swoje zasoby wykonawcy. Załączone potwierdzenie urzędowe z 5.10.2015 r. nie odpowiada w swojej treści wymogowi określonymu w pkt 9.3.1 lit a. siwz, gdyż zakres pojęcia „niewypłacalny” nie jest niewątpliwie tożsamy z zakresem pojęcia „nie będący w likwidacji” oraz „nie będący w upadłości”. Wykonawca będący spółką prawa

austriackiego miał możliwość uzyskania zaświadczenia, że nie otwarto wobec niego likwidacji i nie ogłoszono upadłości i nie mogło być zastąpione oświadczeniem własnym podmiotu używającego swoje zasoby. Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę na rozbieżność pomiędzy uzupełnionym zobowiązaniem podmiotu trzeciego a treścią formularza ofertowego w zakresie oświadczenia o udziale podmiotu używającego swoje zasoby w wykonaniu zamówienia. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że ILF nie złożył wszystkich dokumentów podmiotowych wymaganych w siwz dla podmiotu na którego zasobach polega zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, a zatem należy stwierdzić, iż udostępnienie zasobów nie było skuteczne, a wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do drugiej z usług wskazanych w wykazie – zarządzanie inwestycją polegającą na budowie tunelu kolejowego w Lipsku (Niemcy), wystawiona w dniu 20.03.2014 r. referencja wystawiona została dla spółki ILF Baretende Ingenieure ZT GmbH z siedzibą w Monachium, podmiotu odrębnego od spółki ILF Baretende Ingenieure ZT GmbH z siedzibą w Gminie Rum koło Insbrucka (wskazane jako odrębne podmioty na liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej). Do oferty nie zostało dołączone zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od ILF Baretende Ingenieure ZT GmbH z siedzibą w Monachium, podobnie jak brak jest dokumentów podmiotowych dotyczących tej spółki. Dokumenty te były konieczne do wykazania przez ILF z siedzibą w Warszawie, w sytuacji gdy korzysta ona potencjału podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Nie mają znaczenia dokumenty dotyczące ILF Consulting Engineers Austria GmbH z siedzibą w Rum koło Insbrucka. Zamawiający przeoczył brak w ofercie dokumentów (zobowiązania i dokumentów podmiotowych spółki ILF Baretende Ingenieure ZT GmbH z siedzibą w Monachium, który to podmiot dodatkowo nie został ujęty w formularzu ofertowym wśród podmiotów, zasobami których wykonawca wykazywał się w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowi to dodatkowo przeszkodę do powołania się na zasoby podmiotu z siedzibą w Monachium.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Zamawiający złożył do akt sprawy stanowiska pisemne zawierające odpowiedzi na oba odwołania wnosząc o oddalenie odwołania ILF (sygn. akt KIO 1270/16) oraz o odrzucenie

odwołania Safege i jego oddalenie (sygn. akt KIO 1274/16). Zamawiający wniosek o odrzucenie odwołania Safege opierał na przesłance z art. 189 ust. 2 Ustawy, tj. stwierdzeniu, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Zamawiającego wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie posiada legitymacji we wniesieniu odwołania, tj. interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Ponadto, zakwestionowane w odwołaniu czynności nie powodują po stronie Odwołującego szkody rozumianej, jako związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy czynnościami podjętymi przez Zamawiającego, a sytuacją wykonawcy w postępowaniu.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 26 lipca 2016 r. uznała, iż nie występują przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania Safege na podstawie art. 189 ust. 2 Ustawy, który to przepis zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania, jeżeli odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie składu orzekającego wskazana przesłanka „braku uprawnienia po stronie odwołującego” nie może być rozumiana w sposób, w jaki prezentował to Zamawiający, tj. przez pryzmat braku interesu we wniesieniu odwołania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba uznała, iż status wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu uprawnia go do wniesienia odwołania, odrębną natomiast kwestią jest ocena, czy odwołanie może służyć ochronie jego interesu w uzyskaniu zamówienia, co stanowi przedmiot badania w ramach przesłanki materialno prawnej do uwzględnienia lub oddalenia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności treści siwz, oferty ILF, dokumentów uzupełnionych na podstawie art. 16 ust. 3 Ustawy oraz wyjaśnień składanych w toku postępowania przez ILF, Izba ustaliła stan rzeczy stanowiący podstawę do rozstrzygnięcia o zasadności podniesionych zarzutów.

W obu odwołaniach skarżoną była czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ILF, zakończona decyzją o wykluczeniu tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy (pismo z dnia 30.06.2016 r.), jednak z zarzutów naruszenia przepisów Ustawy obaj wykonawcy wywodzili odmienne wnioski i formułowali różne żądania. W odwołaniu ILF kwestionował zasadność uznania przez Zamawiającego, iż nie wykazał on, aby osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym posiadała wymagane co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w danej specjalności w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, a składane nieprecyzyjne wyjaśnienia stanowiły nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i żądał przywrócenia go do postępowania i

wyboru jego oferty. Natomiast w odwołaniu Safego wskazywał na dodatkowe, pominięte przez Zamawiającego podstawy do wykluczenia wykonawcy ILF z postępowania i żądał powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Mając na uwadze zakres zaskarżenia okoliczności faktyczne stanowiące podstawę formułowanych zarzutów wynikały z brzmienia warunków udziału w postępowaniu, treści oferty oraz dokumentów i wyjaśnień wykonawcy złożonych w pismach z dnia 04.03.2016 r. 05.05.2016 r. W oparciu o te dokumenty Izba była uprawniona do zweryfikowania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na ocenie dokumentów mających potwierdzać spełnienie przez ILF warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz wiedzy i doświadczenia.

Izba mając na uwadze art. 191 ust. 2 Ustawy dokonała oceny czynności Zamawiającego, uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Przepis Ustawy nie zawierają dalszego wyjaśnienia pojęcia „stan rzeczy ustalony w toku postępowania”, a jego wykładni poszukiwać należy w orzecznictwie. Izba uwzględniła w tym zakresie stanowisko, jakie zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 08.01.2014 r., sygn. X Ga 652/13, wydanym na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.09.2013 r., sygn. akt KIO 2159/13. Sąd zwrócił uwagę na odmienne znaczenie użytego przez ustawodawcę zwrotu, którego nie należy utożsamiać z określeniem „stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy” użytym w art. 316 § 1 k.p.c. *Stan rzeczy określony w p.z.p. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, jak słusznie wskazał skarżący, podstawą do ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. mógł być jedynie materiał dowodowy zgromadzony podczas trwania postępowania odwoławczego. Izba błędnie uznała, że okoliczności nie znane zamawiającemu w momencie dokonywania czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty, w szczególności – w momencie ustalenia, czy zaistniał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy lub wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 p.z.p., a które zostały ujawnione dopiero w toku postępowania odwoławczego przed KIO, mogą, a nawet powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości postępowania zamawiającego. Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy p.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy p.z.p., powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej(...). wystąpienie dodatkowych okoliczności, tu oświadczenie wybranego wykonawcy, iż nie oszacował on swojej oferty, po dokonaniu oceny przez zamawiającego, nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości*

czynności zamawiającego już dokonanych. (...). Izba nieprawidłowo zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy p.z.p. biorąc pod uwagę stan rzeczy, który istniał w czasie wydania rozstrzygnięcia, a nie w czasie dokonania lub zaniechania czynności zamawiającego. Zadaniem Izby zgodnie z art. 172 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 2 p.z.p. w związku z art. 180 ust. 1 p.z.p. nie jest ustalenie prawdy obiektywnej, lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania.

Przenosząc powyższe na stan sprawy istniejący w momencie podejmowania przez Zamawiającego czynności wykluczenia i odrzucenia oferty ILF, Izba uznała, iż podstawą oceny czynności podjętych w postępowaniu były wyłącznie dokumenty złożone w ofercie oraz uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wraz z wyjaśnieniami do złożenia, których ILF był wzywany, objęte w części tajemnicą przedsiębiorstwa. Z uwagi na dane chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa (dane personalne inspektora i jego doświadczenie), treść dokumentów w tym zakresie nie była znana Safege, co jednak nie stanowiło przeszkody dla tego wykonawcy do sformułowania własnych zarzutów, a także popierania stanowiska Zamawiającego w części związanej z oceną potencjału kadrowego.

Izba odmówiła wyłączenia jawności rozprawy w części, w jakiej Odwołujący ILF zamierzał omawiać życiorys zawodowy wskazanej osoby w celu wykazania jej doświadczenia zdobytego w okresie wcześniejszym niż opisany w uzupełnionym wykazie. ILF przyznał, że wypowiedź miałyby dotyczyć dokumentów innych, niż żądane i złożone w toku postępowania przetargowego Zamawiającemu. Izba zauważyła, iż stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego ma na celu określenie, czy w świetle znanych Zamawiającemu okoliczności (zasadniczo wynikających z dokumentów złożonych w ofercie lub uzupełnionych na wezwanie przed podjęciem czynności) decyzja, jaką podjął była prawidłowa, tj. nie naruszała przepisów Ustawy. Ustalenia Izby powinny zatem być ograniczone do dokumentów i okoliczności znanych w momencie podejmowania przez Zamawiającego skarżonej czynności, z pominięciem, zgromadzonych, czy to przez Zamawiającego, czy też wykonawcę już po podjęciu skarżonej czynności, dokumentów i wyjaśnień. Ustalenie stanu rzeczy związane jest zatem z ustaleniem okoliczności faktycznych, w jakich Zamawiający podejmował czynności w postępowaniu i nie odnosi się do stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy. Mając powyższe na względzie, utajnienie rozprawy nie miałyby na celu wyjaśnienia istotnych dla oceny czynności Zamawiającego okoliczności, które aby mogły być wzięte pod uwagę przez Izbę, powinny być ujawnione Zamawiającemu na etapie poprzedzającym rozstrzygnięcie o wyniku postępowania.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba ustaliła i zważyła.

A.) **Odwolanie ILF – sygn. akt KIO 1270/16.**

Zasadniczo zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 91 ust. 1 Ustawy odnoszą się do dokonanej przez Zamawiającego oceny dokumentów złożonych w ofercie i uzupełnionych przez ILF, mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.4.2. siwz (tom IDW), ppkt 17 tabeli.

Zamawiający wymagał wskazania na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym 2 osób z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności z co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym w danej specjalności, w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Wymagania Zamawiającego nie budziły wątpliwości wykonawców, którzy nie zwracali się na wcześniejszym etapie postępowania o wyjaśnienie pojęcia „samodzielna funkcja techniczna w budownictwie”, czy też sposobu liczenia okresu pięciu lat doświadczenia zawodowego.

ILF w wykazie osób w poz. 46 wskazał osobę na stanowisko inspektora nadzoru branży inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym ze wskazaniem okresów wykonywania funkcji i opisu zajmowanego stanowiska. Wykaz obejmował trzy usługi wykonywane w okresie od 10.2010 r.- 08.2013 r. (poz. 2 i 3) oraz 06.2014 r. – 06.2015 r. (poz. 1), co łącznie stanowiło doświadczenie w pełnieniu funkcji w wymiarze 48 miesięcy (poniżej 5 lat – 60 miesięcy).

Zamawiający w piśmie z dnia 26.02.2016 r. (znak: IREZA1k-216-64/16/16) wezwał ILF na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy do wyjaśnienia zakresu doświadczenia wskazanej osoby z uwagi na brak informacji o zakresie czynności, a także krótszy od wymaganego okres doświadczenia zawodowego lub przedstawienia osoby spełniającej wymogi i uzupełnienie wykazu, z którego wynikałoby spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie ILF w piśmie z dnia 04.03.2016 r. przedłożyło uzupełniony wykaz osób, w którym w poz. 46 wskazał tę samą osobę z rozszerzonym opisem zajmowanego stanowiska (analogiczny z opisem funkcji) oraz dodaną nową pozycją doświadczenia zdobytego na stanowisku inżyniera rezydenta branży inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym w okresie od 2005-2010 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 24.04.2016 r. (znak: IREZA1k-216-64/21/16) wezwał ILF do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy danymi w wykazie, a stanem faktycznym ustalonym przez Zamawiającego, z którego wynika, iż wskazana osoba w okresie od 01.01.2007 r. do 31.1.2.2009 r. nie była członkiem właściwej izby samorządu zawodowego i nie posiadała ubezpieczenia OC, co pozbawiało podstawy do pełnienia samodzielnych funkcji

technicznych w budownictwie w danym okresie. Zamawiający wskazał, iż za wyczerpujące uzna m.in. zaświadczenie z właściwej izby potwierdzające członkostwo i zawarcie umowy OC w ww. okresach lub inne dokumenty, z których jednoznacznie będzie wynikać potwierdzenie spełniania wymagań.

W odpowiedzi na to wezwanie ILF w piśmie z dnia 05.05.2016 r. przedłożył wyjaśnienia, w których między innymi odniósł się do uzupełnionej pozycji 4 wykazu osób i pełnionej funkcji inżyniera rezydenta branży inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, z którą *związana była konieczność fachowej oceny zjawisk technicznych i samodzielne rozwiązywanie zagadnień technicznych, a także techniczno-organizacyjnych obejmującą w szczególności zadania związane z wykonywaniem nadzoru inwestorskiego w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, z czego należy wywieść, że wykonywał samodzielną funkcję techniczną określoną w art. 12 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.* Jednocześnie ILF wskazał na fakt uzyskania uprawnień w dniu 13.10.1966 r. dotyczące urzędzeń zabezpieczenia ruchem kolejowym i urzędzeń łączności kolejowej, uprawniających do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie. ILF załączył do wyjaśnień kopię uprawnień budowlanych, życiorys zawodowy oraz oświadczenie własne osoby wskazanej w wykazie, które miały wskazywać na ponad pięcioletnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu kolejno obowiązującego prawa budowlanego. Dodatkowo wyjaśnił, iż *w ramach wykonywania obowiązków na wskazanym w wykazie projekcie (...) sprawował bezpośredni nadzór nad robotami, co miało miejsce w szczególności w latach 2005 - 2006.*

Zamawiający wystąpił w piśmie z dnia 18.05.2016 r. do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa o udzielenie odpowiedzi na pytania: czy zidentyfikowany przez Zamawiającego numer członkowski należy do wskazanej z imienia i nazwiska osoby, od kiedy osoba ta jest członkiem Izby i czy w latach 2005 – 2010 osoba ta była członkiem Izby, tj. czy była wpisana na listę członków właściwej okręgowej izby inżynierów budownictwa?.

Z odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu w piśmie z dnia 19.05.2016 r. wynika, że objęta zapytaniem osoba została wpisana na listę członków PIIB 1 stycznia 2010 r. i do chwili obecnej jest czynnym członkiem PIIB.

Zamawiający uznał, iż wskazana w wykazie funkcja inżyniera rezydenta, podjęta przed uzyskaniem wpisu nie wiązała się z wykonywaniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie i zaliczył doświadczenie zawodowe w wymiarze 57 miesięcy (od 01.01.2010 r.). Zamawiający pominął dokumenty dodatkowe złożone z wyjaśnieniami z 05.05.2016 r., tj. oświadczenie własne oraz CV wskazanej osoby, jako te które nie stanowiły przedmiotu

oceny Komisji, gdyż złożone zostały po czasie wyznaczonym pierwszym wezwaniem do uzupełnienia wykazu osób.

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż prawidłową była decyzja o wykluczeniu z postępowania ILF na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, brak było natomiast uzasadnienia dla uznania informacji przekazanych Zamawiającemu, jako nieprawdziwych i na tej podstawie skutkujących wykluczeniem ILF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy i odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Ponieważ naruszenie przepisów Ustawy wynikające z uznania informacji za nieprawdziwe nie wpływało na wynik postępowania rozumiany, jako brak możliwości wyboru oferty ILF w tym postępowaniu, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy oddaliła odwołanie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, jako istotnego dla rozstrzygnięcia zapadłego przed Izbą.

Zasadniczo kluczową dla rozstrzygnięcia była ocena bezspornego stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania i sprowadzała się do oceny, czy doświadczenie zawodowe wskazanej w poz. 46 wykazu osoby odpowiadało wymaganiom Zamawiającego i obejmowało okres co najmniej 5 lat wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Spornym pomiędzy stronami było ustalenie, czy doświadczenie zdobyte w okresie poprzedzającym uzyskanie wpisu na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego mogło być traktowane, jako pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Zamawiający słusznie nie brał pod uwagę ogólnych w swej treści wyjaśnień z 05.05.2016 r. i uzupełnionych dokumentów, w zakresie w jakim odbiegały one od doświadczenia wskazanej osoby, wykazanego w żądanym dokumencie, jakim był wykaz osób.

Przechodząc do oceny czynności Zamawiającego, w pierwszej kolejności należało udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wpis na listę członków izby samorządu zawodowego stanowi warunek niezbędny do tego, aby doświadczenie opisane w wykazie osób mogło być uznane, jako pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Zamawiający w siwz użył pojęcia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, regulowanej przepisami ustawy Prawo budowlane i to w oparciu o materię tego aktu prawnego należało udzielić odpowiedzi na wyżej postawione pytanie.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane *za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień*

architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. Stosownie natomiast do art. 12 ust. 7 Pr. bud. podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit a., oraz – zgodnie z odrębnymi przepisami – wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez izbę, z określonym w nim terminem ważności. Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

Na podstawie przywołanych przepisów Izba uznała, iż doświadczenie osoby wskazanej w wykazie, zdobyte już po wejściu w życie przepisów nakładających obowiązek wpisu, musiało być wykonywane w warunkach spełniających wymagania ustawowe dla samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Aby móc uznać je za takie, osoba wykonująca czynności musiała posiadać nie tylko stosowne uprawnienia, ale także posiadać wpis na listę właściwej izby. Jak wskazał sam Odwołujący w odwołaniu, w przypadku osób posiadających uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej obowiązek wpisu na listę członków właściwej izby inżynierów budownictwa powstał od 31 maja 2004 r., kiedy to weszły w życie przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r., o zmianie ustawy Prawo budowlane (Dz. U. Nr 93, poz. 888). Zatem doświadczenie w latach 2005 – 2010, aby uznać je za pełnienie samodzielnych funkcji technicznej w budownictwie, wymagało posiadania statusu członka właściwej izby inżynierów budownictwa. Wykonywanie nawet czynności mieszczących się w opisie samodzielnej funkcji technicznej zawartym w art. 12 ust. 1 Ustawy Pr. bud., bez uzyskania decyzji o wpisie na listę członków właściwej izby, nie może, w świetle art. 12 ust. 7 ustawy Pr. bud., być uznane jako wypełniające wytyczne ustawowe do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. W świetle powyższego, samo wykazanie okresu czasu posiadania uprawnień, czy też fakt wcześniej aktywności zawodowej nie był wystarczający do uznania przez Zamawiającego, że doświadczenie związane z inwestycją wskazaną w pozycji 4 wykazu osób jest tym, które potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie było spornym w sprawie ustalenie, że wskazana osoba uzyskała wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego dopiero 01.01.2010 r., chociaż uprawnienia posiadała od 1966 r., a obowiązek uzyskania wpisu istniał już od 31 maja 2004 r. Ponieważ usługa opisana w pozycji czwartej wykazu obejmowała przedział czasu określony latami 2005 – 2010, Zamawiający mógłby jedynie przyjąć, iż z początkiem roku 2010 r. osoba mogła wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Wymagało to jednak wykazania przez wykonawcę, że obowiązki inżyniera rezydenta były tego rodzaju, aby uznać je za *działalność związaną z koniecznością*

fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. Wyjaśnienia ILF z 05.05.2016 r. nie są jednak w tym zakresie jednoznaczne. Z jednej strony wspomina się w nich bowiem, iż z pełnieniem funkcji inżyniera rezydenta branży inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, *związana była konieczność fachowej oceny zjawisk technicznych i samodzielne rozwiązywanie zagadnień technicznych, a także techniczno-organizacyjnych obejmującą w szczególności zadania związane z wykonywaniem nadzoru inwestorskiego w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym,* aby na końcu stwierdzić, *iz w ramach wykonywania obowiązków na wskazanym w wykazie projekcie (...) sprawował bezpośredni nadzór nad robotami, co miało miejsce w szczególności w latach 2005 - 2006.* W ocenie Izby, wyjaśnienia te w kontekście opisu stanowiska zawartego w uzupełnionym wykazie, nie pozwalały na jednoznaczne potwierdzenie wymaganego doświadczenia. Należy również zauważyć, iż wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, który oczekiwał odniesienia się do kwestii daty uzyskania wpisu na listę samorządu zawodowego, jako okoliczności istotnej z punktu widzenia oceny doświadczenia wskazanej osoby. Ostatecznie wykonawca nie wykazał, aby doświadczenie wskazane w wykazie obejmowało okres co najmniej 5 lat (60 miesięcy). Ponieważ Zamawiający wyczerpał możliwości jakie daje mu Ustawa związane z uzupełnieniem i wyjaśnieniem dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, konsekwencją braku wykazania przez ILF spełnienia warunku udziału w postępowaniu musiała być decyzja o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

Odnosząc się natomiast do drugiej podstawy wykluczenia ILF, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy i przyczyny odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Izba uznała, iż informacje przekazane Zamawiającemu dotyczące osoby wskazanej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej nie były nieprawdziwe. Zamawiający nie wskazał, która z informacji miała taki charakter. ILF odmiennie opisał funkcję w ostatniej pozycji doświadczenia, opisując ją jako inżynier rezydent. Z wpisu tego Zamawiający nie miał pewności co do zakresu czynności, jakie były udziałem tej osoby, nie mógł zatem jednoznacznie stwierdzić, że była to samodzielna funkcja techniczna w budownictwie, tym bardziej, że w pozostałych pozycjach, opis był jednoznaczny. Jak sam wskazał w odpowiedzi na odwołanie, treść uzupełnionego wykazu wymagała dalszego wyjaśnienia, które ostatecznie nie podważyły informacji o rodzaju funkcji opisanej w wykazie. Z braku precyzyjnej odpowiedzi na pytanie związane z uzyskaniem wpisu na listę nie można jeszcze wiązać skutku podania nieprawdziwych informacji. Brak jednoznacznej informacji mógł jedynie wpływać na ustalenie, czy wykonawca spełnia warunek udziału w

postępowaniu, co miało miejsce przy pierwszej z podstaw wykluczenia ILF, omówionej powyżej.

W świetle powyższego Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy oddaliła odwołanie w całości. Wprawdzie zarzut dotyczący nieprawdziwych informacji zasługiwał na uwzględnienie, to jednak jako nie mający wpływu na ustalenie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, naruszenie w tym zakresie przepisów Ustawy przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

B) Odwołanie Safege (sygn. akt KIO 1274/16).

W odwołaniu skarżoną czynnością jest ocena spełnienia przez ILF warunku udziału w postępowaniu wykraczająca poza podstawę wykluczenia tego wykonawcy wskazaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności z dnia 30.06.2016 r. Odwołujący zarzucał, iż dokonując czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający pominął istotne okoliczności związane z oceną spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 8.4.1. siwz i wskazanych referencyjnych usług.

Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut w zakresie związanym z oceną dokumentu „potwierdzenie urzędowe” wystawionego według przepisów prawa austriackiego na potwierdzenie braku wszczęcia wobec podmiotu udostępniającego swój potencjał postępowania upadłościowego.

Izba w dalszej części odniosła się merytorycznie do podstawy podtrzymanego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 5 pkt 5 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ILF z uwagi na brak spełniania wskazanego w pkt i 8.4.1 siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Naruszenia art. 92 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy były konsekwencją zarzutu wadliwej decyzji Zamawiającego uznającej, że wykonawca ILF wykazał się wymaganą wiedzą i doświadczeniem.

Przystępując do rozstrzygnięcia Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy (art. 179 ust. 1 Ustawy). W ocenie Izby taki interes istniał w momencie wnoszenia środka ochrony prawnej, gdyż wykonawca na ten moment nie mógł mieć pewności, czy wynik postępowania, w tym decyzja o wykluczeniu wykonawcy, który złożył ofertę korzystniejszą od oferty Odwołującego, nie ulegnie zmianie (stanie się ostateczna). Odwołanie zmierzało do wykazania dodatkowych okoliczności, pominiętych przez Zamawiającego, a które mogły

zdecydować o utrzymaniu korzystnego dla tego wykonawcy wyniku postępowania, w którym jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W sytuacji, gdyby wykonawca wykluczony wniósł swoje odwołanie (co nastąpiło), to okoliczności podniesione przez Safegę mogły prowadzić do stwierdzenia, iż wynik postępowania nie powinien ulec zmianie pomimo stwierdzenia naruszeń w zakresie związanym z podstawą wykluczenia ILF wskazaną przez Zamawiającego. Izba jednocześnie nie przychyliła się do argumentów przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w tym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 19.12.2014 r., sygn. akt KIO 2605/14, który dotyczył odmiennego stanu faktycznego, w którym zarzuty kierowane przez wykonawcę wybranego dotyczyły ofert sklasyfikowanych na dalszych pozycjach, co w ocenie Izby w sposób istotny odbiega od stanu faktycznego, w jakim znajdował się Odwołujący wnosząc swoje odwołanie. Odmienną jest niewątpliwie sytuacja faktyczna wykonawcy z najkorzystniejszą ofertą, której pozycji w postępowaniu nie mogą zagrozić inne (zazwyczaj droższe) oferty od wykonawcy, którego oferta zostaje wybrana dopiero po wykluczeniu z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę korzystniejszą. Należy zatem zauważyć, iż w momencie podjęcia decyzji o wyborze oferty Safegę, jej utrzymanie uzależnione zostało od uprawomocnienia się decyzji o wykluczeniu z postępowania ILF, który złożył ofertę korzystniejszą z punktu widzenia kryteriów oceny ofert. Odwołujący działając w celu utrzymania wyniku postępowania ustalonego decyzją z dnia 30.06.2016 r., dążył do zabezpieczenia pozycji swojej oferty na wypadek, gdyby zachodziła konieczność powtórzenia czynności w postępowaniu, tak aby kolejne rozstrzygnięcie Zamawiającego prowadziło do wykluczenia z postępowania ILF. W ocenie Izby, nie można pominąć również tego, że wykonawcy mają prawo spodziewać się, iż czynność kończąca postępowanie będzie wynikiem wszechstronnej analizy ofert, co powinno znaleźć wyraz w uzasadnieniu decyzji prowadzących do wskazania oferty najkorzystniejszej. Wykonawca wybrany zawsze ma interes w tym, aby pozycja jego oferty w postępowaniu nie uległa zmianie, chociażby w toku ponownej oceny ofert. W ocenie Izby jeżeli nie błędnym, to co najmniej obarczonym ryzykiem byłoby oczekiwanie przez odwołującego na decyzję wykluczonego wykonawcy, czy wnosić odwołanie. Ryzykowałby wówczas tym, że utraci termin na wniesienie odwołania, a sam udział w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego nie zawsze umożliwia ochronę interesów wykonawcy, co uzależnione jest od zakresu zaskarżenia czynności przez inny podmiot uczestniczący w postępowaniu. Safegę nie mógł mieć w momencie wniesienia odwołania pewności, iż wybór jego oferty będzie kończącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby ILF nie wniósł swojego odwołania, w zasadzie sytuacja Safegę w postępowaniu nie byłaby zagrożona, choć w dalszej perspektywie (np. przy kontroli następczej postępowania) okoliczności te mogłyby prowadzić do unieważnienia umowy, gdyby uchybienia Zamawiającego wpływały w sposób istotny na wynik postępowania przetargowego. W ocenie Izby, powyższe pozwala przyjąć, że

wadliwe czynności Zamawiającego mogły naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyby uchybienia na jakie wskazał w odwołaniu okazały się zasadne.

Ponieważ odwołania ILF i Safège dotyczyły tej samej czynności, Izba zobowiązana była uwzględnić stan sprawy ustalony w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, tak aby łączne orzeczenie było spójne. Izba miała na uwadze wyłącznie dokumenty złożone przez ILF w ofercie.

Rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się do oceny, czy w świetle złożonych w ofercie dokumentów, mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie zachodziły podstawy do wykluczenia ILF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 5 pkt 5 Ustawy. Odwołujący podnosił, iż nie formułował zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy ze świadomością braku podstaw do wezwania o uzupełnienie dokumentów w związku ze wskazaną przez Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba uznała, iż sygnalizowana w odwołaniu okoliczność niezgodności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy zawartym w formularzu oferty o samodzielnej realizacji zamówienia (bez udziału innych podmiotów), a zobowiązaniem podmiotu udostępniającego potencjał, nie wpływa na zakres zarzutu sformułowanego, jako zaniechanie wykluczenia z postępowania ILF.

W zakresie wiedzy i doświadczenia – Zamawiający wymagał wykazania zrealizowanych co najmniej dwóch usług, w tym co najmniej jednej o wartości nie mniejszej niż 11 000 000,00 PLN brutto, polegającej na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane linii kolejowej, przy czym każda z tych usług musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 800 000 000,00 PLN brutto.

ILF wykazało się realizacją dwóch usług, w tym usługą zarządzania inwestycją polegającą na budowie tunelu kolejowego w Lipsku (Niemcy), potwierdzone referencją z dnia 20 marca 2014 r. (str. 35, 36 oferty), wystawioną na rzecz ILF Baretende Ingenieure ZT GmbH z siedzibą w Monachium. Spółka ta wskazana została, obok ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w wykazie podmiotów należących do grupy kapitałowej, zależnych od ILF Holding GmbH z siedzibą w Rum (Insbruck) (str. 28 oferty). Do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia, tj. ILF Consulting Engineers Austria GmbH z siedzibą w Gminie Rum koło Insbrucka (str. 76 oferty), wraz z dokumentami rejestrowymi tej spółki. W ofercie brak jest zobowiązania podmiotu, którego doświadczenie zostało wykazane w wykazie usług, jak i dalszych dokumentów dotyczących tego podmiotu. Zamawiający nie wyjaśniał rozbieżności dotyczące oznaczenia

konsultanta dla inwestycji „Tunel kolejowy w Lipsku” (referencja) oraz podmiotu udostępniającego potencjał dla wykonawcy w postępowaniu (zobowiązanie). Nie wzywał również ILF do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy w celu wykazania, że wykonawca dysponuje wiedzą i doświadczeniem koniecznym do realizacji zamówienia.

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż ILF nie wykazało w sposób zgodny z siwz, iż dysponuje wiedzą i doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi jednak na brak wpływu naruszenia na wynik postępowania odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało oddaleniu.

Uwzględniając materiał dowodowy, tj. zobowiązanie do udostępnienia potencjału załączone do oferty, wykaz usług i referencję Izba uznała, iż wykonawca nie wykazał przed Zamawiającym, iż może się legitymować doświadczeniem podmiotu trzeciego, którego zobowiązania do udostępnienia ILF zasobu nie załączono. Ponieważ Zamawiający zakończył badanie spełniania przez ILF warunków udziału w postępowaniu i pominął brak w ofercie dokumentów pozwalający na zweryfikowanie posiadanej wiedzy i doświadczenia, decyzja o wykluczeniu ILF z postępowania nie została poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Oznacza to, iż Zamawiający naruszył Ustawę w ten sposób, iż nie dochował staranności jakiej wymaga weryfikacja podmiotowa wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, uznając iż posiada on konieczną do wykonania zamówienia wiedzę i doświadczenie, chociaż oceny tej nie potwierdzały złożone dokumenty. Nie miało to jednak wpływu na prawidłowość podjętych w postępowaniu czynności, w tym na wykluczenie ILF z postępowania oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.* Wynikiem postępowania, o którym mowa w przepisie jest podjęte z zachowaniem ustalonych zasad, rozstrzygnięcie będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Koncepcja wyniku postępowania przyjęta przez Izbę odnosi się do zgodnego z Ustawą zakończenia postępowania, a nie wyniku obarczonego wadą. W ocenie składu orzekającego taki sposób rozumienia normy zawartej w art. 192 ust. 2 Ustawy umożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy uniemożliwia prawidłowe ustalenie wyniku postępowania, i wskazuje na konieczność korekty czynności podjętych w postępowaniu poprzez, np. ich unieważnienia lub przeprowadzenia czynności zaniechanych, a koniecznych dla poprawnej oceny ofert. Jeżeli naruszenie przepisów Ustawy, do jakich dopuścił się zamawiający w toku

postępowania ostatecznie, nie doprowadziło do nieprawidłowej decyzji, tu o wyborze oferty najkorzystniejszej, to nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności mających na celu ustalenie prawidłowego wyniku postępowania. Skoro efektem zaskarżonej czynności miałyby być wyłącznie ustalenie, czy nie zachodziły dalsze podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy prawidłowo wykluczonego, to naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający, nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała, iż w obu sprawach rozpoznawanych łącznie odwołania należało oddalić. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1, oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika odrębne dla każdej ze sprawy rozpoznanej łącznie i obciążyła nimi obu Odwołujących odpowiednio w ich sprawach.

Przewodniczący: