

Sygn. akt: KIO 1599/17

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę - **Z. I. Z. S.A. ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. (...)** [Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny, (...)],

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: B. Sp. z o.o., S. P. Sp. z o.o. ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę - **Z. I. Z. S.A. ul. (...)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - **Z. I. Z. S.A. ul. J. 88, (...)**, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy - **Z. I. Z. S.A. ul. (...)** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. (...)** [Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny, (...)] kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1599/17**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem

dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIIS 5.1-16,, – „Poprawa przepustowości linii kolejowej E 20 na odcinku W. – K., Etap I: Prace na linii kolejowej nr 3 na odc. W. – G. L. Ł.” – nr referencyjny: (...), ogłoszone w Dz. Urz. UE pod nr 2017/S 042-077340

Wnoszący odwołanie wykonawca - Z. I. z. S.A. z W. zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp], w tym jej art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego, (2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, (3) wybór oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na art. 179 ust. 1 ustawy Pzp podnosząc, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Oferta Odwołującego winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu, jednak z uwagi na bezpodstawne wykluczenie Odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia. W wyniku powyższego nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

(1)Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 tej ustawy – bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu nie posiada minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi, podczas gdy osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu posiada 7 lat i 4 miesiące doświadczenia na stanowisku Inżyniera Rezydenta podał:

1) Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, albowiem uznał, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu nie legitymuje się wymaganym minimum 5-letnim doświadczeniem na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi [wymóg z pkt 8.6.2 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW”)].

- 2) Z dokumentów dołączonych do oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Kontraktu posiada 7 lat i 4 miesiące doświadczenia zawodowego na stanowisku Inżyniera Rezydenta.
- 3) W treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) w Części IV Sekcji C pkt 2) Odwołujący wskazał zadania, na których osoba dedykowana na stanowisko Inżyniera Projektu - pełniła funkcje Inżyniera Rezydenta. Z przedmiotowego dokumentu wynika, że w ramach (poniższe sformułowane jest z uwagi na objęcie danych tajemnicą przedsiębiorstwa):
- i. Zadania nr 1 (opisanego w tiret pierwsze Części IV Sekcji C pkt 2) JEDZ) osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu zdobyła 27 miesięcy doświadczenia na stanowisku Inżyniera Rezydenta.
  - ii. Zadania nr 2 (opisanego w tiret drugie Części IV Sekcji C pkt 2) JEDZ) osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu zdobyła 19 miesięcy doświadczenia na stanowisku Inżyniera Rezydenta.
  - iii. Zadania nr 3 (opisanego w tiret trzecie Części IV Sekcji C pkt 2) JEDZ) osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu zdobyła 42 miesiące doświadczenia na stanowisku Inżyniera Rezydenta.

Z doświadczenia zawodowego osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu wymienionego w treści JEDZ (Część IV Sekcja C pkt 2) jednoznacznie wynika więc, że posiada on 88 miesięcy doświadczenia zawodowego (27 miesięcy z pkt i., 19 miesięcy z pkt ii., 42 miesiące z pkt iii.) co czyni 7 lat i 4 miesiące doświadczenia.

- 4) W pkt 8.6.2 IDW Zamawiający wskazał, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu ma posiadać m.in. minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi. Z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego jednoznacznie wynika, że na ww. zadaniach osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko Inżyniera Projektu zdobyła 7 lat i 4 miesiące doświadczenia. Tym samym przekracza minimalne doświadczenie wymagane przez Zamawiającego o 2 lata i 4 miesiące. Odwołujący na podstawie doświadczenia zawodowego opisanego w treści JEDZ dla Inżyniera Projektu wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2 IDW. W konsekwencji nie sposób zrozumieć działania Zamawiającego polegającego na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

(2) Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 tej ustawy - dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. P. Sp. z o.o. oraz B. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty podał, że

w konsekwencji czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Zamawiający nieprawidłowo wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wskazanych wykonawców. Tym samym Zamawiający powinien unieważnić powyższą czynność i wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: B. Sp. z o.o., S.P. Sp. z o.o. z P. – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł także o oddalenie odwołania i wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Czynności w postępowaniu zostały dokonane prawidłowo, zgodnie z ustawą Pzp i nie naruszają art. 7 ust.1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z pkt 8.6.2. IDW, poz. 1 w tabeli, wymagane minimalne kwalifikacje i doświadczenie dla Inżyniera Projektu to: wykształcenie wyższe; minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi; w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w Postępowaniu zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami na stanowiskach, o których mowa powyżej, w tym na minimum 1 inwestycji infrastruktury transportowej przez okres co najmniej 12 miesięcy, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Odwołujący wraz z ofertą, złożył dokument JEDZ oraz wykaz osób, gdzie na stanowisko Inżyniera Projektu wskazał dwie różne osoby, przy czym opis doświadczenia każdej z tych osób nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, pismem z dnia 9 czerwca 2017r., zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, która ze wskazanych osób jest faktycznie przewidziana na stanowisko Inżyniera Projektu. Odwołujący w piśmie z dnia 13 czerwca 2017 r. wprost stwierdził, że omyłkowo w JEDZ została wskazana inna osoba niż w Załączniku nr 3 do IDW („Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert”) i jednocześnie przedłożył nowy JEDZ, w którym na stanowisko Inżyniera Projektu wskazał osobę, która pierwotnie była wskazana w Wykazie osób. Podniósł również, że w uzupełnionym JEDZ wskazał te same usługi, które były pierwotnie wykazane w Wykazie osób, przy czym Zamawiający w wezwaniu z dnia 9 czerwca 2017r. informował już Odwołującego, że ten opis nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na brak wymaganego okresu doświadczenia. Pismem z

dnia 21 czerwca 2017r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, czy kandydat, w odniesieniu do usług opisanych w JEDZ, w których wskazano, że osoba ta pełniła funkcję inspektora nadzoru, pełnił na tych kontraktach wymaganą SIWZ funkcję Inżyniera Projektu, Inżyniera Rezydenta, Dyrektora Projektu lub równorzędną. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 22 czerwca 2017r. jednoznacznie potwierdził, że na tych konkretnych kontraktach, wskazana osoba nie pełniła funkcji wymaganych postanowieniami SIWZ. Tym samym, Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem trzy pierwsze usługi nie spełniają wymaganego kryterium czasookresu.

Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, błędnie przyjmuje, że czasookresy poszczególnych kontraktów winny podlegać sumowaniu, co dawałoby wskazanej osobie 7 lat i 4 miesiące wymaganego doświadczenia, podczas gdy okresy wykonywania usług na poszczególnych kontraktach pokrywają się, w związku z czym osoba ta faktycznie posiada doświadczenie 4 lat i 10 miesięcy. Wskazał, że usługa: 1) pierwsza - trwała od 01.2015 do chwili obecnej (data sporządzenia wykazu to 27.04.2017r.); 2) druga - trwała od 09.2015r. do chwili obecnej (data sporządzenia wykazu to 27.04.2017r.); 3] trzecia - trwała od 07.2012 r. do 12.2015 r. Przyjmując nawet najbardziej korzystny wariant dla wykonawcy tzn., że przy oznaczeniu 01.2015 r. za datę początkową należy brać 1 stycznia 2015 r., a nie 31 stycznia 2015 r., to czasookresu usługi drugiej nie można brać pod uwagę, gdyż jej czasookres zawiera się w czasookresie usługi pierwszej oraz czasookres usługi 3 należy liczyć do 31 grudnia 2014 r., gdyż dalsza część pokrywa się z czasookresem usługi pierwszej. Tym samym realnie czasookres doświadczenia dla wskazanej osoby należy liczyć od 1 lipca 2012 r. (najwcześniejsza data) nieprzerwanie do 27 kwietnia 2017 r. Przyjmując nawet kwiecień, jako cały miesiąc - daje to właśnie 4 lata i 10 miesięcy. Powyższe obrazuje Tabela przedstawiona w załączniku nr 1 [która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na zastrzeżenie poczynione w JEDZ].

Reasumując stwierdził, że mając na uwadze powyższe, zarzut błędnej oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu jest całkowicie bezzasadny, a w konsekwencji, także zarzut Odwołującego, co do czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej podlega oddaleniu.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając kluczowy zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Izba stwierdza, że wnoszący odwołanie wykonawca wbrew jego twierdzeniom nie wykazał wymaganego pkt 8.6.2 IDW, poz. 1 w tabeli w tirecie drugim: „*minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi*”. Metodologia, którą zastosował dla obliczania wymaganego okresu, nie była przewidziana w specyfikacji i tym samym dla obliczania 5.0 letniego okresu należało zastosować reguły ogólne przewidziane przepisami kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp dla obliczania wymaganego warunkiem czasookresu. Tak jak podał Zamawiający, odnosząc się do trzech wskazanych przez Odwołującego usług i przyjmując najbardziej korzystny wariant dla wykonawcy - realnie czasookres doświadczenia dla wskazanej osoby - obliczany od 1 lipca 2012 r. (najwcześniejsza data) nieprzerwanie do 27 kwietnia 2017 r. - wynosi 4 lata i 10 miesięcy. Metodologia obliczania przyjęta przez Odwołującego – sumowanie czasookresu w odniesieniu do wykonywanych równolegle w tym samym czasie kontraktów - nie została – jak już wskazano - przewidziana w specyfikacji. Zatem wbrew twierdzeniom wykonawcy ewentualne zastosowanie takiej metodologii – wymagało uprzedniej akceptacji zamawiającego i wprowadzenia stosownego postanowienia do specyfikacji.

Z tego też względu należało uznać za niezasadny zarzut błędnej oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu, a w konsekwencji, także zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym podlegają oddaleniu podnoszony w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp: (1) w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp; (2) w zw. z art. 91 ust. 1 tej ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych oraz przepisów 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. ze zm.).

.....