

Sygn. akt: KIO 33/11

WYROK

z dnia 18 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 stycznia 2011 r. przez **Konsorcjum firm: TPF Planege S.A., E&L Architects Sp. z o.o. z siedzibą lidera: Rua Laura Alves, 12, 8 1050-138 Lizbona Portugalia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

- **Konsorcjum firm: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o. o., KV Consultores de Ingenieria proyectos y obras, S. L., Getinsa Ingenieere S. L. z siedzibą lidera: ul. Piękna 43/11, 00-672 Warszawa,**

- **Konsorcjum firm: Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. z siedzibą lidera: ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: TPF Planege S.A., E&L Architects Sp. z o.o. z siedzibą lidera: Rua Laura Alves, 12, 8 1050-138 Lizbona Portugalia i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: TPF Planege S.A., E&L Architects Sp. z o.o. z siedzibą lidera: Rua Laura Alves, 12, 8 1050-138 Lizbona Portugalia** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: TPF Planege S.A., E&L Architects Sp. z o.o. z siedzibą lidera: Rua Laura Alves, 12, 8 1050-138 Lizbona Portugalia** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zarządzanie projektem unijnym Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Salomea - Wolnica wraz z powiązaniem z drogą krajową nr 7 „Etap I: Budowa drogi ekspresowej S8 węzeł Paszków (z węzłem) - węzeł Opacz (bez węzła) - węzeł Łopuszańska (bez węzła). Część 2: odcinek zlokalizowany w granicach m. st. Warszawy”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2010 r. pod nr 2010/S 142-218969.

Odwołujący, Konsorcjum: TPF Planeg S.A. w Lizbonie (Portugalia), E&L Architects Sp. z o.o. w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum TPF), wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum firm: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o. o. w Warszawie, KV Consultores de Ingenieria, proyectos y obras, S. L, Getinsa Ingenieere S. L. w Madrycie (zwane dalej: Konsorcjum KV), zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum KV, zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o. w Warszawie, Apia XXI S.A. w Santander (dalej zwane: Konsorcjum APIA) oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum APIA.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności oceny wykonawców i ofert oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.):

1. art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum KV, pomimo przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum APIA, pomimo przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp, przez nieuprawnione wprowadzanie zmian w treści oferty oraz poprawienie omyłek w ofercie Konsorcjum APIA pomimo, że popełnione

uchybień nie mogą być zakwalifikowane jako „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum APIA, pomimo złożenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum KV:

Odwołujący podniósł, iż żadne z zadań wskazanych w formularzu 3.3 dotyczących doświadczenia p. Zbigniewa Pawłowskiego przewidzianego na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru Robót Mostowych nie odpowiada wymaganiom opisanym w siwz.

Odnosnie budowy Trasy i Mostu Świętokrzyskiego w Warszawie odwołujący stwierdził, iż inwestycja ta była realizowana w ciągu drogi o kategorii Z (zbiorczej), a więc niższej od wymaganej w SIWZ (GP), co potwierdza korespondencja jaką odwołujący otrzymał z Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy. Odwołujący wskazał, że klasyfikacja dróg jest uregulowana w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43 poz. 430). Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia, w celu określenia wymagań technicznych i użytkowych wprowadzono następujące klasy dróg: autostrady, oznaczone dalej symbolem "A", ekspresowe, oznaczone dalej symbolem "S", główne ruchu przyspieszonego, oznaczone dalej symbolem "GP", główne, oznaczone dalej symbolem "G", zbiorcze, oznaczone dalej symbolem "Z", lokalne, oznaczone dalej symbolem "L", dojazdowe, oznaczone dalej symbolem "D". Opisane okoliczności wskazują na niespełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu oraz na podanie nieprawdziwych informacji w Formularzu 3.3.

Nieprawdziwe informacje podano także w odniesieniu do „budowy mostu przez rzekę Wisłę w Wyszogrodzie”, gdyż budowa mostu nie odbywała się w ciągu drogi o klasie GP. Z informacji uzyskanych od zamawiającego (pismo z dnia 18 października 2010 r.) droga krajowa, w ciągu której była realizowana inwestycja, nie była oznaczona klasą GP. W okresie realizacji inwestycji (budowa została zakończona 31 grudnia 1998 r.) droga krajowa Płońsk - Wyszogród - Sochaczew była w IV-tej i III-ciej klasie technicznej. Odwołujący wyjaśnił, że klasy III i IV to klasy dróg obowiązujące na podstawie „Wytycznych Projektowania Dróg”, wydanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Publicznych w dniu 31 marca 1995 r. Klasa GP została nadana tej trasie dopiero w dniu 8 grudnia 2000 r., tj. w dniu wydania przez Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych Zarządzenia nr 17 w sprawie ustalenia klasy dróg

krajowych. Odwołujący zaznaczył, iż siwz nie dopuszczała możliwości wykazywania się doświadczeniem na drogach równoważnych do dróg o klasie GP.

Nie można uznać za prawdziwe także informacji dotyczących wartości inwestycji obejmującej budowę mostu w Wyszogrodzie. Według wykonawcy wartość robót budowlanych wynosiła 100 mln PLN, tymczasem z powszechnie dostępnych dokumentów wynika, że wartość przedmiotowej inwestycji wynosiła 56 976,4 tys. PLN, a więc była niższa niż wymagana w siwz. Potwierdza ten fakt artykuł opublikowany w magazynie „Drogownictwo” nr 11 z 1997 r. zatytułowany „Most w Wyszogrodzie - najdłuższy nowy most w Polsce” gdzie napisano, że kontrakt nr 26 -budowa mostu o długości 1200 m został wyceniony na kwotę 56.976,4 tys PLN, a także Raport Banku Światowego, gdzie na stronie 28 widnieją dane wskazujące na wartość 56.976,4 tys PLN, jako wartość robót budowlanych. Nie można więc twierdzić, by Pan Zbigniew P. posiadał doświadczenie w realizacji zadania inwestycyjnego o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln PLN brutto.

Ponadto, roboty budowlane obejmujące budowę mostu w Wyszogrodzie, wbrew twierdzeniom wykonawcy nie były realizowane wg procedur FIDIC. Z przywoływanego już artykułu prasowego wynika, że wszystkie kontrakty budowlane były realizowane według procedur Banku Światowego, a procedury te były jedynie zbliżone do procedur FIDIC.

Dodatkowo, w stosunku do doświadczenia p. Zbigniewa P. oraz innych ekspertów wskazanych w ofercie Konsorcjum KV, nie wykazano, że na obsługiwanych kontraktach doszło do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót przy udziale osoby wykazującej doświadczenie. W Formularzu 3.3 w kolumnie trzeciej powielono jedynie opis wymagań stawianych poszczególnym ekspertom, ale w opisie kolumny nr 5 nie wskazano by doszło do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia spełnienia wymagań przez osoby przedstawione w ofercie Konsorcjum KV.

Zdaniem odwołującego, wskazane okoliczności wyczerpują przesłanki wykluczenia z postępowania, określone w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Załączone do oferty dokumenty nie polegają na prawdzie i nie potwierdzają spełniania wymogów siwz. Zdaniem odwołującego, jako nieprawdziwe należy uznać nie tylko dane zawarte w formularzu 3.3, ale także oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Choć ustawa Pzp pozwala na naprawienie niektórych "niedoskonałości" występujących w składanych przez wykonawcę dokumentach i oświadczeniach to jednak nie zwalnia to wykonawcy z rzetelnego i z zachowaniem należytej staranności przygotowania oferty oraz przedstawienia wymaganych dokumentów oraz oświadczeń mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podanie nieprawdziwych informacji ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ dotyczy elementów ocenianych w ramach weryfikacji

warunków udziału w przetargu. Z ostrożności odwołujący zaznaczył, że podanie nieprawdziwych informacji nie może skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia oferty, gdyż podanie nieprawdy w dokumentach nie może być uważane za błąd lub brak złożenia dokumentów.

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum APIA:

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum APIA złożyło m.in. Formularz 3.3, w którym wskazano m.in. osoby przewidziane na stanowiska: Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, Inspektora Nadzoru Robót Mostowych, którymi wykonawca dysponuje na podstawie stosunku cywilno-prawnego. Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, iż w realizację zamówienia będą zaangażowane tzw. „podmioty trzecie”, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, zgodnie z którym wykonawca ma obowiązek w takiej sytuacji złożyć pisemne zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Tymczasem do oferty nie dołączono zobowiązania osób mających realizować zamówienie. Na obowiązek złożenia takiego oświadczenia wskazuje także zapis pkt 7.3 siwz, iż w sytuacji posługiwania się potencjałem osób trzecich wykonawca zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Ponadto, odwołujący podniósł, iż na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Drogowych przewidziano p. Zbigniewa C., natomiast informacje zawarte w Formularzu 3.3 nie potwierdzają posiadania przez tę osobę wymaganego w siwz doświadczenia, a ponadto stanowią informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, gdyż inwestycja przebudowy drogi krajowej Radom - Jedlińsk nie mogła być wykonywana na drodze o klasie GP, ponieważ w czasie wykonywania robót budowlanych nie obowiązywała klasyfikacja wprowadzona rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43 poz. 430). Kontrakt ten nie spełnia także wymagania dotyczącego wartości robót budowlanych. Zgodnie z informacjami zawartymi w raporcie Banku Światowego, opiewał on na kwotę około 18 mln PLN. W tej sytuacji zachodzą podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum APIA oraz nieuprawnionego dokonania poprawy omyłki w ofercie, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

W formularzu oferty złożonym przez Konsorcjum APIA wykonawca dodał pozycję „Inspektor ds. Materiałowych - Technolog”, co stanowi niedozwoloną modyfikację formularza

ofertowego i zaoferowanie realizację przedmiotu świadczenia z naruszeniem wytycznych zawartych w siwz. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 9.7 siwz „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Tomie I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.”, co należy rozumieć jako brak możliwości wprowadzania dodatkowych pozycji, tak jak to uczyniło Konsorcjum APIA.

Zgodnie z pkt 10 siwz zamawiający wymagał, by „Cena Oferty (w PLN) została wyliczona przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym, którego wzór został umieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy). Cena Oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III siwz. Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni w swoim działaniu zatrudnienie takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy. Wynagrodzenie dodatkowych ekspertów i personelu pomocniczego należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego.” Wykonawca skalkulował zatem cenę oferty niezgodnie z wymaganiami siwz, co jest podstawą do odrzucenia oferty, a nie do wprowadzania zmian w ofercie. Odwołujący podkreślił, iż popełnienie omyłki może mieć miejsce wtedy, gdy jest ona efektem niezamierzonego działania wykonawcy. Ustawa nie dopuszcza poprawiania jakichkolwiek rozbieżności między ofertą a siwz w sytuacji, gdy rozbieżności te są efektem celowego działania wykonawcy, niezależnie od tego czy błędne działania było zamierzone, czy też jest np. skutkiem nieprawidłowego odczytania siwz. Świadome dopisanie kolejnej pozycji formularza ofertowego nie uprawnia do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oferta stanowi oświadczenie woli składającego ją wykonawcy, a zatem skoro wolą Konsorcjum APIA było dodanie kolejnego eksperta, to nie można takiego działania klasyfikować jako omyłki.

Ponadto, w ocenie odwołującego, wykreślenie pozycji z formularza ofertowego Konsorcjum APIA było naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty (zmiana ceny oferty o blisko 5 % kwoty oferty wynosząca ponad 384 tys. PLN), co nie uprawniało zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ustawowym terminie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swoje przystąpienia wykonawcy: Konsorcjum KV oraz Konsorcjum Apia.

Konsorcjum KV wniosło o oddalenie odwołania. Wykonawca stwierdził, iż parametry techniczne inwestycji budowa Mostu świętokrzyskiego odpowiadają parametrom obiektów mostowych usytuowanych w ciągu drogi klasy GP. Most Świętokrzyski jest usytuowany w ciągu drogi wojewódzkiej nr 719, która posiada kategorie G/GP. Zadanie powyższe

wskazano w wykazie jedynie jako dodatkowe. W odniesieniu do inwestycji „budowa mostu w Wyszogrodzie” przystępujący wyjaśnił, iż inwestycja została zakończona w 1998 r., gdy obowiązywały inne przepisy, natomiast po wejściu w życie Zarządzenia nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 8 grudnia 2000 r. w sprawie ustalenia klasy dróg krajowych droga krajowa Płońsk – Wyszogród – Sochaczew, w ciągu której jest zlokalizowany obiekt mostowy, otrzymała nowe oznaczenie - jako droga krajowa klasy GP. Istniejąca dotychczas klasyfikacja została zastąpiona inną klasyfikacją potwierdzającą parametry techniczne drogi klasy GP.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wartości inwestycji przystępujący wskazał, iż podane przez odwołującego wartości są kwotami netto, natomiast uwzględniając podatek VAT wartość ta według Banku Światowego wynosi 100 051 055,23 PLN, która to kwota stanowi wartość końcową inwestycji, uwzględniającą koszty dodatkowe wynikające z powodzi, która nastąpiła w trakcie realizacji obiektu.

Odnosnie procedur FIDIC, przystępujący wyjaśnił, iż warunek dotyczący doświadczenia nie obejmował wymiana w powyższym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu braku informacji o wystawieniu Świadectwa przejęcia/Protokołu odbioru robót przy udziale osoby wykazującej doświadczenie wykonawca wskazał, iż w załączniku 3.3 w kolumnie nr 5, przy opisie zadań każdego kandydata znajdują się wymagane informacje, tj. data wystawienia świadectwa przejęcia/protokołu odbioru oraz pełniona funkcja.

Konsorcjum Apia wniosło o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów podniesionych wobec tego wykonawcy oraz o podtrzymanie decyzji zamawiającego z dnia 28 grudnia 2010 r. w zakresie uznania, iż przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał bowiem, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. Oferta odwołującego, po wykluczeniu wykonawców: Konsorcjum KV i Konsorcjum APIA lub odrzuceniu ich ofert podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, ze względu na uzyskaną punktację w rankingu ocenianych ofert.

W postępowaniu odwoławczym brali udział wykonawcy Konsorcjum KV i Konsorcjum APIA w charakterze uczestników postępowania, uwzględniając fakt, iż obaj wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego w zakresie zgłoszonych przystąpień, stosownie do art. 185 ust. 3 Pzp.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum KV.

Zgodnie z treścią pkt 7.3 lit. b ppkt 5 jednym z wymagań stawianych wykonawcom w postępowaniu było wykazanie przez uczestników postępowania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym m.in. dysponowania osobą przewidzianą na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru Robót Mostowych, od którego wymagano legitymowania się doświadczeniem obejmującym udział w realizacji minimum 1 zadania polegającego na nadzorze nad wykonaniem budowy drogi klasy min. GP lub przebudowy drogi klasy min. G do parametrów drogi klasy min. GP (doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie), obejmującego budowę lub przebudowę obiektów mostowych o rozpiętości przęsła min. 40 m w ciągu tych dróg o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln PLN brutto na stanowisku Inspektora nadzoru robót mostowych.

Odwołujący wywodził, iż wskazanie przez zamawiającego symbolu klasy drogi GP w treści warunku oznacza, że wykonawcy mogli wykazywać doświadczenie osób wyłącznie w realizacji inwestycji, które były wykonywane w czasie obowiązywania klasyfikacji dróg wprowadzonej rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43 poz. 430), a zatem udział tych osób w realizacji inwestycji drogowych (w tym mostowych) w okresie wcześniejszym, gdy obowiązywały inne oznaczenia w zakresie klasyfikacji dróg, nie może potwierdzać spełniania tego warunku.

Izba uznała, iż powyższa interpretacja treści warunku nie jest właściwa w danym stanie faktycznym. Nie sposób uznać, iż zamawiający nie określając wprost w specyfikacji jakiegokolwiek ograniczenia co do okresu nabycia doświadczenia, zawęził ten okres wyłącznie stosując kryterium formalne, przez samo oznaczenie (symbolikę) klasy dróg

nadaną aktualnie obowiązującą klasyfikacją. Zauważyć należy, że istotą wymagania co do klasy dróg było wykazanie przez wykonawców doświadczenia osób, wskazanych do realizacji przedsięwzięcia, o podobnych warunkach technicznych jak w przedmiotowym zamówieniu. Jak przyznał sam odwołujący na rozprawie, warunki techniczne dróg według obecnie obowiązującej klasyfikacji, jak i według poprzedniej klasyfikacji są w większości takie same, różnią się tylko niektórymi parametrami.

Podkreślić należy, że treść warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy może ona budzić jakiegokolwiek wątpliwości, należy interpretować zgodnie z brzmieniem przepisu art. 22 ust. 4 Pzp, który wskazuje, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W świetle tych wytycznych całkowicie uprawniona jest wykładnia celowościowa treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, w szczególności wówczas, gdy biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia wykładnia wyłącznie literalna prowadziłaby do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku.

Z powyższych względów Izba uznała, że spełniają warunek opisany w pkt 7.3 lit. b ppkt 5 siwz inwestycje drogowe o parametrach technicznych odpowiadających obecnej klasie GP, zrealizowane w czasie obowiązywania przepisów o klasyfikacji dróg przed wprowadzeniem obecnie obowiązującej klasyfikacji.

Pomimo, iż budowa mostu w Wyszogrodzie nie odbywała się w ciągu drogi, według obecnie obowiązującej klasyfikacji o klasie GP, to, jak przyznał sam odwołujący, klasa GP została nadana tej trasie w dniu wydania przez Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych Zarządzenia nr 17 w sprawie ustalenia klasy dróg krajowych, co oznacza, iż droga krajowa Płońsk - Wyszogród - Sochaczew spełnia wymogi techniczne dla klasy GP. Zatem inwestycja budowy mostu przez rzekę Wisłę w Wyszogrodzie wykazana przez Konsorcjum KV na potwierdzenie spełniania ww. warunku w odniesieniu do p. Zbigniewa P. (formularz 3.3), spełnia warunek określony w specyfikacji.

Biorąc pod uwagę, iż to powyższa inwestycja była oceniana przez zamawiającego w toku kwalifikacji Konsorcjum KV, na marginesie tylko należy wskazać, iż brak jest podstaw, aby informację odnośnie, dodatkowo wymienionej w formularzu przez wykonawcę, budowy Trasy i Mostu Świętokrzyskiego w Warszawie uznać za nieprawdziwą. Z faktu, że most leży w ciągu drogi klasy zbiorczej, dotyczącej ulic na terenie miasta, do których nie ma zastosowania klasyfikacja dróg, o której mowa powyżej, nie można wywodzić, iż ciąg tych ulic odpowiadający przebiegowi drogi wojewódzkiej nr 719 (pismo Urzędu Miasta

Stołecznej Warszawy z dnia 30.09.2010 r.) nie odpowiada pod względem warunków technicznych klasyfikacji drogi GP. Odwołujący nie przeprowadził dowodu na tę okoliczność.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, iż informacje podane przez Konsorcjum KV dotyczące wartości robót budowlanych obejmujących budowę mostu w Wyszogrodzie są nieprawdziwe. Z treści opisu sposobu oceny spełniania warunku co do wartości robót wynika, iż wymóg dotyczy wartości robót budowlanych obejmujących inwestycję tzw. mostową. Nie chodzi zatem tylko o wartość robót budowy mostu. Z informacji, na które powoływał się odwołujący wynika natomiast, iż wartość robót budowlanych w kwocie 56 976,4 tys. PLN (artykuł opublikowany w magazynie „Drogownictwo” nr 11 z 1997 r. zatytułowany „Most w Wyszogrodzie - najdłuższy nowy most w Polsce” oraz fragmenty Raportu Banku Światowego) dotyczy wyłącznie inwestycji budowy mostu. Należy także zauważyć, iż artykuł prasowy nie może być uznany za w pełni wiarygodny dowód na rzeczywistą wartość robót budowlanych, których częścią była inwestycja mostowa, podobnie jak informacje podane w przedłożonym przez odwołującego fragmencie Raportu Banku Światowego. Izba zważyła, że Raport wskazuje w tabeli 1 i tabeli 2 kilka różnych wartości w odniesieniu do ww. inwestycji, przy czym nie podano definicji pojęć, dla których zostały określone dane wartości. Nie określono także czy są to wartości, które uwzględniają podatek VAT. Nie można zatem w świetle tych informacji stwierdzić z pełną stanowczością, iż informacje podane przez wykonawcę w ofercie co do wartości robót budowlanych są nieprawdziwe. Przedstawione przez odwołującego dowody nie wykluczają faktu, iż wartość całkowita robót budowlanych, w tym obejmujących inwestycję mostu drogowego w Wyszogrodzie opiewała na kwotę brutto ok. 100 mln PLN.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podanej przez Konsorcjum KV informacji, iż wskazane roboty były realizowane według warunków FIDIC, Izba stwierdziła, że zamawiający nie wymagał w treści opisu sposobu oceny spełniania warunku, aby wykazywane roboty budowlane były realizowane według warunków FIDIC. Należy natomiast zauważyć, iż procedury Banku Światowego są opracowane na podstawie warunków FIDIC – są do nich bardzo zbliżone i uznawane powszechnie za równoważne. Powyższa informacja podana zatem przez wykonawcę może być uznana za niedokładną i mogłaby podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, ale skoro nie stanowiła wymogu w treści specyfikacji to jej podanie nie ma żadnego znacznego w przedmiotowym postępowaniu dla oceny spełniania warunku przez wykonawcę.

Zarzut, iż w ofercie Konsorcjum KV nie wykazano, że na obsługiwanych kontraktach doszło do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót przy udziale osób wykazujących doświadczenie Izba uznała za niezasadny. Podanie dat wystawienia

Świadczenia Przejęcia w formularzu 3.3., w kolumnie nr 5 wraz z opisaniem w rubryce 3 „wymagań dla danej funkcji”, zgodnie z treścią wymagań zawartych w siwz stanowi potwierdzenie, iż wystawienie Świadczenia Przejęcia/Protokołu odbioru nastąpiło przy udziale danej osoby. Forma w jakiej wykonawca opisał pełnione funkcje, przez powielenie wymogu siwz, co podnosił odwołujący, nie stanowi potwierdzenia, iż dane oświadczenie wykonawcy jest nieprawdziwe. W ocenie Izby zawarte w formularzu informacje są wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku, a odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, ani dowodów na potwierdzenie, iż czynności opisane przez Konsorcjum KV w powyższym zakresie nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż okoliczności sprawy wskazują, że Konsorcjum KV potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a informacje podane w formularzu 3.3 nie mogą być uznane za nieprawdziwe. W szczególności należy podkreślić, iż zarzut złożenia nieprawdziwych informacji wymaga przeprowadzenia przez odwołującego niezbitego dowodu na okoliczność, iż w rzeczywistości stan faktyczny jest inny, niż zawarty w podanej przez wykonawcę informacji (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1004/09, w którym stwierdzono m.in. iż „[...] dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości [...]”). W niniejszym postępowaniu takich dowodów odwołujący nie przedstawił. Izba uznała zatem zarzut za niezasadny, a wobec powyższego brak jest przesłanek do wykluczenia Konsorcjum KV z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Treść złożonych przez Konsorcjum KV oświadczeń wymaganych w postępowaniu przez zamawiającego potwierdza spełnianie wymogów siwz.

Zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum APIA.

Konsorcjum APIA wskazało w ofercie w formularzu 3.3 osoby przewidziane na stanowiska: Inżyniera Kontraktu, Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, Inspektora Nadzoru Robót Mostowych podając, iż podstawą dysponowania tymi osobami jest stosunek cywilnoprawny.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp, „wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia". W świetle tego przepisu wykonawca ma obowiązek przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji danych zasobów, w tym m.in. osób zdolnych do wykonania zamówienia, wówczas gdy składając ofertę polega on na zasobach (osobach zdolnych do wykonania zamówienia) „należących” do innego podmiotu (podmiotu trzeciego). W przypadku natomiast, gdy wykonawca dysponuje wskazanymi osobami na podstawie stosunków prawnych łączących go bezpośrednio z osobami, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, mamy do czynienia z tzw. dysponowaniem bezpośrednim. Ten rodzaj dysponowania osobami nie wymaga, stosownie do art. 26 ust. 2 b Pzp, złożenia przez wykonawcę zobowiązania tych osób do „oddania się” do dyspozycji wykonawcy. Nie ma bowiem w tym przypadku podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, a zatem przepis ten nie może mieć zastosowania. Zauważyć także należy, iż zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie w pkt 7.3, w którym stwierdzono, iż w sytuacji posługiwania się potencjałem osób trzecich wykonawca zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, jest wyłącznie powieleniem treści wskazanego powyżej przepisu ustawy Pzp, który jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, co oznacza, że zamawiający nie może w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia uregulować danej kwestii w sposób odmienny.

Zarzut, iż wskazana przez Konsorcjum APIA osoba na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Drogowych – p. Zbigniew C. nie posiada wymaganego doświadczenia oraz że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w formularzu 3.3 należało uznać także za niezasadny.

Osoba przewidziana do pełnienia tej funkcji musiała legitymować się doświadczeniem w realizacji minimum 1 zadania polegającego na nadzorze nad wykonaniem budowy drogi klasy min. GP lub przebudowy drogi klasy min. G do parametrów drogi klasy min. GP (doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie) o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln PLN brutto na stanowisku Inspektora nadzoru robót drogowych.

Twierdzenie odwołującego, iż inwestycja przebudowy drogi krajowej Radom - Jedlińsk nie spełnia wymogu siwz, gdyż nie mogła być wykonywana na drodze o klasie GP, ponieważ w czasie wykonywania przedmiotowych robót budowlanych nie obowiązywała klasyfikacja wprowadzona rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43 poz. 430) nie jest uzasadnione. W świetle treści warunku, jak omówiono to w odniesieniu do tożsamego zarzutu, podniesionego wobec

Konsorcjum KV, istotne znaczenie należy raczej przypisywać warunkom technicznym drogi, w ciągu której realizowano inwestycję, niż symbolice, nadanej obecnie obowiązującą klasyfikacją, co wynika z celowościowej interpretacji treści warunku. Uzasadnienie co do oddalenia tego zarzutu jest tożsame jak w przypadku Konsorcjum KV, wobec czego Izba nie powtarzała wskazanej powyżej argumentacji.

Identyczne uzasadnienie, jak w przypadku zarzutu wobec Konsorcjum KV, co do wykazanej w ofercie wartości robót budowlanych, należy przyjąć także co do nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu, iż kontrakt przebudowy drogi krajowej Radom - Jedlińsk nie spełnia wymagania dotyczącego wartości robót budowlanych. Podkreślić należy, iż tak jak w przypadku zarzutu wobec Konsorcjum K.V. odwołujący również na poparcie tego zarzutu nie przedstawił dowodów, które w jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości sposób potwierdzałyby tezę, iż roboty budowlane dotyczące wieloetapowej inwestycji opiewały na kwotę wskazaną przez odwołującego, jako wartość kontraktu podaną w tabeli 1 kolumna 5 załączonego do akt fragmentu Raportu Banku Światowego.

W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum APIA z postępowania.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum APIA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp.

W formularzu cenowym złożonym w ofercie przez Konsorcjum APIA dodana została dodatkowa pozycja „Inspektor ds. Materiałowych - Technolog” (pkt 3.2 „inni eksperci” wiersz 10). Jak wskazał zamawiający, powyższa pozycja, zgodnie z jej opisem w kolumnie 2 tabeli, jest powtórzeniem takiej samej pozycji opisanej w przez zamawiającego kilka wierszy poniżej w tej tabeli (wiersz 15). Zauważyć należy, że zawarte w pkt 9.7 siwz postanowienie „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Tomie I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.” trzeba rozumieć jako wymaganie zamawiającego lub zalecenie, które nie wyłącza w żadnym razie zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 67 ust. 2 pkt 3, co oznacza, iż zamawiający ma obowiązek poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w tym przepisie.

W ustalonych okolicznościach Izba uznała, iż wskazane uchybienie w treści formularza należy zakwalifikować jako omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pozycja

ta wynika z powtórzenia, a zatem nie stanowi całkowicie nowej pozycji, której nie było w formularzu, co mogłoby świadczyć o tym, iż wykonawca dodał tę pozycję w sposób celowy i przemyślany.

Ponadto, dodanie tej pozycji, zważywszy na kosztorysowy charakter wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, co nie było sporne pomiędzy stronami, nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty, ponieważ na etapie realizacji zamówienia dana pozycja nie może być rozliczana dwukrotnie, pomimo jej dwukrotnego powtórzenia w formularzu. Pozycję dodaną przez wykonawcę należy uznać zatem za zbędną. Tak też uczynił zamawiający, który wykreślił tę pozycję, odejmując jednocześnie jej wartość od ceny oferty. W tej sytuacji nie można mówić o zmianie treści oświadczenia woli zawartego w ofercie w wyniku dokonanej poprawy, w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp. W świetle treści postanowień specyfikacji, wzoru formularza cenowego oraz uwzględniając oświadczenia wykonawcy złożone w ofercie, co do woli złożenia oferty zgodnej z wymaganiami siwz, zamawiający był uprawniony (i zarazem zobowiązany) do dokonania poprawy treści oferty w zakresie niezgodności, polegającej na powieleniu przez wykonawcę jednej z pozycji formularza cenowego. Dokonanie omawianej poprawy nie wymagało jakiejkolwiek ingerencji ze strony wykonawcy, ani też potrzeby wyjaśniania treści oferty. Ponadto, w ocenie Izby, istotny wpływ poprawy niezgodności treści z treścią siwz na zmianę treści oferty należy badać zawsze w odniesieniu do danego konkretnego stanu faktycznego. Nie zawsze, wobec tego, istotność zmiany będzie podlegała ocenie tylko z punktu widzenia jej konsekwencji rachunkowych dla ceny oferty.

W świetle powyższego, uwzględniając przy tym treść postanowienia zawartego w pkt 10 siwz, brak jest podstaw do uznania, iż powyższa omyłka stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty. Przepisy ustawy Pzp nie wyłączają bowiem możliwości dokonania poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki zawartej w formularzu cenowym.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego zamawiającemu zachowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) lit. b oraz § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....