

Sygn. akt: KIO 1007/13
KIO 1021/13
KIO 1050/13
KIO 1054/13

WYROK
z dnia 21 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14 i 16 maja 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 r. przez:

- A. Biuro Projektów Komunikacyjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (spr. o sygn. KIO 1007/13),
- B. KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria Madryt (spr. o sygn. KIO 1021/13),
- C. Sudop Praha as w Pradze (spr. o sygn. KIO 1050/13),
- D. Ove Arup & Partners International Limited (spr. o sygn. KIO 1054/13),

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie

przy udziale:

- A. Mosty Katowice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – zgłaszającego przystąpienia w sprawach KIO 1003/12, 1054/13 – po stronie Zamawiającego;
- B. Ove Arup & Partners International Limited – zgłaszającego przystąpienie w sprawach KIO 1007/13, 1050/13 – po stronie Zamawiającego;
- C. MGGP S.A. w Tarnowie – zgłaszającego przystąpienie w sprawie KIO 1050/13 – po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1.1 Oddala odwołanie Biuro Projektów Komunikacyjnych spółki z o.o. w Poznaniu (w spr. KIO 1007/13);**
 - 1.2 Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria w Madrycie (spr. o sygn. KIO 1021/13),**
 - 1.3 Oddala odwołanie Sudop Praha as w Pradze (spr. o sygn. KIO 1050/13),**
 - 1.4 Oddala odwołanie Ove Arup & Partners International Limited (spr. o sygn. KIO 1054/13);**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących: Biuro Projektów Komunikacyjnych spółki z o.o. w Poznaniu (w spr. KIO 1007/13), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria w Madrycie (w spr. o sygn. KIO 1021/13), Sudop Praha as w Pradze (w spr. o sygn. KIO 1050/13), Ove Arup & Partners International Limited (spr. o sygn. KIO 1054/13) w zakresie odwołań złożonych przez tych Odwołujących i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczone przez Odwołujących: Biuro Projektów Komunikacyjnych spółki z o.o. w Poznaniu (w spr. KIO 1007/13), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria w Madrycie (w spr. o sygn. KIO 1021/13), Sudop Praha as w Pradze (w spr. o sygn. KIO 1050/13), Ove Arup & Partners International Limited (spr. o sygn. KIO 1054/13), w tym po 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z Odwołujących.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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 - Pradze.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 1007/13
KIO 1021/13
KIO 1050/13
KIO 1054/13

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej materiałów przetargowych w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”, z podziałem na części A, B, C, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 września 2012 r. pod nr 2012/S 170-281640.

W postępowaniu, zostały złożone oferty w odpowiednich częściach zamówienia przez następujących wykonawców:

1. w części B:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria w Madrycie z ceną 17 163 297,00 zł;
- 2) Mosty Katowice spółkę z o.o. w Katowicach z ceną 22 017 000,00 zł,
- 3) Ardanuy Ingenieria SA w Madrycie i Ginprosa Ingenieria S.L. w Madrycie z ceną 24 419 858,00 zł;
- 4) Biuro Projektów Komunikacyjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu z ceną 26 239 590,00 zł;
- 5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego E=R=G Polska sp. z o.o. w Poznaniu i Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy ATE sp. z o.o. w Zbąszyniu z ceną 26 445 000,00 zł;
- 6) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IDOM Ingenieria y Consultoria SA w Bilbao i Idom Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu z ceną 29 360 961,00 zł;
- 7) Ove Arup & Partners International Limited w Londynie z ceną 29 981 250,00 zł;

8) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sener spółkę z o.o. w Warszawie i Systra SA w Paryżu z ceną 31 397 472,00 zł.

2. w części C:

- 1) MGGP SA w Tarnowie z ceną 30 553 200,00 zł,
- 2) Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie z ceną 32 226 000,00 zł;
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Arcadis sp. z o.o. w Warszawie oraz Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. w Łodzi z ceną 38 130 000,00 zł;
- 4) Metroprojekt Praha a.s. w Pradze z ceną 47 847 000,00 zł;
- 5) Sudop Praha a.s. w Pradze z ceną 92 250 000,00 zł.

Zamawiający dokonał w dniu 24 kwietnia 2013 r. wyboru jako najkorzystniejszych ofert w odpowiednich częściach:

- 1) w części B: wykonawcy Mosty Katowice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, jednocześnie wykluczając z postępowania: Ardanuy Ingenieria SA w Madrycie i Ginprosa Ingenieria S.L. w Madrycie; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego E=R=G Polska sp. z o.o. w Poznaniu i Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy ATE sp. z o.o. w Zbąszyniu; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IDOM Ingenieria y Consultoria SA w Bilbao i Idom Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu; Biuro Projektów Komunikacyjnych spółkę z o.o. w Poznaniu; Konsorcjum KV Projekty Inżynierskie i Architektoniczne Sp. z o.o. i KV Consultores de Ingenieria w Madrycie.
- 2) w części C: MGGP SA w Tarnowie, wykluczając: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Arcadis sp. z o.o. w Warszawie oraz Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. w Łodzi; Metroprojekt Praha a.s. w Pradze, Sudop Praha a.s. w Pradze.

W odpowiednich częściach następujący Wykonawcy złożyli odwołania:

1. w części B:

- Biuro Projektów Komunikacyjnych spółka z o.o. w Poznaniu – na czynność wykluczenia z postępowania oraz zaniechanie wykluczenia Mosty Katowice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, oraz –

z ostrożności – na zaniechanie wezwania spółki Mosty Katowice Sp. z o.o. do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (sprawa o sygn. KIO 1007/13);

- Ove Arup & Partners International Limited na zaniechanie wykluczenia Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach (spr. o sygn. KIO 1054/13)

- Konsorcjum KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o i KV Consultores de Ingenieria Madryt na czynność wykluczenia z postępowania (sprawa o sygn. KIO 1021/13);

w części C:

- Sudop Praha as w Pradze na czynność wykluczenia z postępowania oraz zaniechanie wykluczenia i odrzucenia ofert wykonawców: Biuro Inżynieryjnych Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie a także wykonawcy MGGP SA w Tarnowie (spr. o sygn. KIO 1054/13).

Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.

Do postępowań odwoławczych przystąpili następujący wykonawcy: Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - w sprawach KIO 1003/12, 1054/13 – po stronie Zamawiającego; Ove Arup & Partners International Limited – w sprawach KIO 1007/13, 1050/13 – po stronie Zamawiającego oraz MGGP S.A. w Tarnowie – w sprawie KIO 1050/13 – po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PODSTAWY DO ODRZUCENIA ODWOŁAŃ

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie uznano, że zarzuty dotyczące uznania informacji zawartych w ofertach MGGP SA w Tarnowie i Biura Inżynieryjnych Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie za poprawnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (odwołanie Sudop Praha a.s. – spr. o sygn. KIO 1021/13) w odniesieniu do dokumentów zawartych w ofertach tych wykonawców, zostały postawione z przekroczeniem terminu na ich kwestionowanie – ustawa nie zna odrzucenia części odwołania; zarzuty postawione z przekroczeniem terminu nie podlegają w takim wypadku rozpatrzeniu.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że każdy z czterech wykonawców, których odwołania podlegają rozpatrzeniu posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

[1] Wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy stanowi, że uwzględnienie odwołania może nastąpić tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. (w sr. o sygn. akt: V Ca 3270/12).

Zatem w warunkach, kiedy przywrócenie oferty danego odwołującego do postępowania nie wywoła skutku w postaci uzyskania przez niego zamówienia, wobec niepotwierdzenia się zarzutów kierowanych wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą, należy uznać, że będziemy mieli z brakiem wpływu na wynik postępowania, o którym mówi przywołany wyżej przepis.

W konsekwencji, potwierdzenie niektórych zarzutów stawianych w odwołaniach odpowiednich Odwołujących, jeśli nie zmieniało ich sytuacji w sposób pozwalający uzyskać zamówienie (nie rzutowało na ich wybór jako oferty najkorzystniejszej), nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania. Dotyczy to odwołań złożonych przez Biuro Projektów Komunikacyjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Sudop Praha a.s. w Pradze – w części dotyczącej uznania za bezpodstawne wykluczenia tych wykonawców z postępowania. Uzyskanie zamówienia przez tych wykonawców

w odpowiednich częściach uwarunkowane było bowiem dodatkowo potwierdzeniem zarzutów, które skierowane zostały wobec wykonawców i ofert uznanych za najkorzystniejsze, co nie miało miejsca. Stąd odwołania podlegały oddaleniu.

[2] Zarzuty wycofane:

Odwołujący Ove Arup & Partners International Limited, na rozprawie cofnął zarzut dotyczący niewykazania przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia (zarzut nr 3 odwołania, str. 11), w związku z czym nie podlegał on rozpatrzeniu.

[3] Stan prawny:

Do rozstrzygnięcia znajdują zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania - 5 września 2012 r., to jest bez uwzględnienia zmian wprowadzonych nowelizacjami ustawy z dnia 13 lipca 2012 r. o zmianie ustawy o działach administracji rządowej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 951), która weszła w życie 1 stycznia 2013 r. oraz zmian wprowadzonych ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DZ.U. poz. 1271), która weszła w życie 20 lutego 2013 r.

IV. ROZSTRZYGNĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ BIURO PROJEKTÓW KOMUNIKACYJNYCH SP. Z O.O. W POZNANIU (spr. o sygn. KIO 1007/13):

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części B na czynność wykluczenia z postępowania oraz zaniechanie wykluczenia Mosty Katowice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, oraz – z ostrożności – na zaniechanie wezwania spółki Mosty Katowice Sp. z o.o. do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, poprzez przyjęcie, iż Odwołujący dwukrotnie w czasie stosownego przedłużenia okresu związania ofertą nie zabezpieczył oferty wadium na cały okres przedłużonego związania ofertą, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego

z postępowania, podczas gdy z analizy dokumentów jednoznacznie wynika iż oferta Odwołującego była nieprzerwanie zabezpieczona wadium,

2) art. 85 ust. 2 ustawy, poprzez przyjęcie, iż Odwołujący samodzielnie nie przedłużył okresu związania ofertą i nie zabezpieczył przedłużenia oferty wadium na cały okres przedłużonego związania ofertą, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy z analizy dokumentów jednoznacznie wynika iż oferta Odwołującego była nieprzerwanie zabezpieczona wadium,

3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki Mosty Katowice Sp. z o.o. w sytuacji gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

4) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki Mosty Katowice SP. z o.o., w sytuacji gdy ten wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki Mosty Katowice Sp. z o.o., mimo iż jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie punktu 8.4.2 oraz punktu 11.12,

a ponadto z ostrożności:

6) art. 26 ust 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania spółki Mosty Katowice Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wymaganej kadry oraz treści dokumentu gwarancji wadialnej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku:
 1. wykluczenia spółki Mosty Katowice Sp. z o.o. z postępowania,
 2. odrzucenia oferty złożonej przez spółkę Mosty Katowice Sp. z o.o.,
 3. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
 4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, w tym kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odwołujący podniósł następującą argumentację:

[1] w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania:

Odwołujący nie zgodził się z podstawą faktyczną wykluczenia z postępowania, wskazaną przez Zamawiającego jako dwukrotne niezabezpieczenie oferty wadium na cały okres przedłużonego związania ofertą. Odwołujący argumentuje, że zgodnie z treścią wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000062141 z dnia 11 grudnia 2012 roku, była ona ważna od dnia 14 grudnia 2012 roku do dnia 15 lutego 2013 roku. Następnie aneksem nr 1 z dnia 7 lutego 2013 roku ważność tej gwarancji została przedłużona włącznie do dnia 16 kwietnia 2013 roku. Kolejnym aneksem nr 2 z dnia 10 kwietnia 2013 roku ważność ww. gwarancji ubezpieczeniowej została przedłużona włącznie do dnia 16.05.2013 roku.

Zdaniem Odwołującego, nieprawdą jest, aby Zamawiający otrzymał w dniu 12 lutego 2012 roku aneks nr 1 do ww. gwarancji ubezpieczeniowej wydłużający jej ważność do dnia 16 kwietnia 2013 roku - przedmiotowy aneks został przesłany do Zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 11 lutego 2013 roku (godzina 13:25:10) tj., w dniu związania ofertą, co w konsekwencji oznacza, iż przez cały okres związania ofertą była ona prawidłowo zabezpieczona wadium (gwarancją ubezpieczeniową). Zgodnie z SIWZ, doręczenie drogą elektroniczną uważa się za skuteczne. Natomiast w dniu 10 kwietnia 2013 roku, a więc na 6 dni przed upływem terminu przedłużonego terminu związania ofertą, Odwołujący samodzielnie przedłużył okres związania ofertą do dnia 16 maja 2013 roku i poinformował Zamawiającego, iż stosowny aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zostanie przesłany niezwłocznie po jego otrzymaniu od Towarzystwa Ubezpieczeniowego. Pomimo wyraźnej prośby w treści pisma o potwierdzenie odbioru pisma faksem Zamawiający nie potwierdził odbioru. Aneks został przesłany w dniu 15 kwietnia 2013 roku kurierem i w dniu następnym tj., w dniu 16.04.2013 roku drogą elektroniczną, a więc w terminie ważności dotychczasowego wadium (na mocy aneksu nr 1 gwarancja była ważna do dnia 16 kwietnia 2013 roku włącznie). Podsumowując wadium - gwarancja ubezpieczeniowa zabezpieczająca ofertę obowiązywała nieprzerwanie od dnia 14 grudnia 2012 roku a termin jej ważności upływa w dniu 16 maja 2013, co oznacza, iż przez cały okres związania ofertą (w tym przez okres przedłużonego związania ofertą) Odwołujący zabezpieczył prawidłowo ofertę wadium. W całym okresie obowiązywania oferty nie było ani jednego dnia przerwy jej zabezpieczenia.

Zgodnie z treścią art. 85 ust. 4 ustawy, dalsze związanie ofertą, co do zasady może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuży okres

ważności wadium. Literalne brzmienie przepisu może sugerować, iż przedłużenie ważności wadium musi nastąpić w tym samym momencie, co wyrażenie zgody na dalsze związanie ofertą („jednocześnie”). Celem przepisu jest jednak wyłącznie wprowadzenie obowiązku złożenia wadium na nowy okres związania ofertą. Wystarczające będzie więc, jeśli obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności. W omawianej sytuacji przedłużenie związania ofertą zostało przesłane Zamawiającemu w dniu 10 kwietnia 2013 roku, a więc na dwa dni przed upływem terminu jej ważności. Natomiast aneks nr 2 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej przedłużający jej ważność do dnia 16 maja 2013 roku) został również zawarty w dniu 10.04.2013 roku i przesłany Zamawiającemu w dniu 15.04.2013 roku kurierem oraz w dniu 16.04.2013 drogą elektroniczną. W konsekwencji należy uznać, iż oferta była i jest nadal zabezpieczona wadium w sposób nieprzerwany. W ocenie Odwołującego, nie ma znaczenia to kiedy wykonawca przekazał Zamawiającemu dokument potwierdzający wniesienie wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej na przedłużony okres związania ofertą o ile uczynił to w terminie ważności dotychczas ustanowionego wadium, a oferta była należycie zabezpieczona wadium. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO z dnia 24.01.2008 roku sygnatura akt: KIO/UZP/108/07, w którym czytamy, iż *„Wystarczające jest złożenie stosownego dokumentu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności będącego w posiadaniu zamawiającego zabezpieczenia wadium”*.

Wobec powyższego, Odwołujący winien przedłużyć ważność wadium najpóźniej do dnia 15 lutego 2013 roku, a następnie przy samodzielnym przedłużeniu ważności najpóźniej do dnia 16 kwietnia 2013 roku. Aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej były zawierane na kilka dni przed upływem ich ważności i za każdym razem przesyłane do Zamawiającego w ostatnim bądź przed ostatnim dniem terminu ważności wadium będącego w posiadaniu Zamawiającego. W rezultacie Zamawiający na dzień przyjęcia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą (5 luty 2013 roku) jak i na dzień oświadczenia Odwołującego o samodzielnym przedłużeniu okresu związania ofertą (10 kwiecień 2013 roku) mógł realizować swoje uprawnienia w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4 a i ust. 5 ustawy.

Z uwagi na powyższe Odwołujący nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na dwukrotne niezabezpieczenie oferty wadium, które faktycznie zostało wniesione i funkcjonuje nadal w sposób nieprzerwany. Natomiast w wyroku z dnia 4 lutego 2012 roku sygn.: KIO/UZP 1763/09, KIO/UZP 1764/09, czytamy iż: *„Izba podziela stanowisko prezentowane w doktrynie i w orzecznictwie, potwierdzające rozumienie powołanego przepisu art. 85 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym czynność przedłużenia ważności wadium musi nastąpić w terminie związania ofertą i przed upływem terminu ważności pierwotnie wniesionego wadium, tak aby oferta była prawidłowo zabezpieczona przez cały okres postępowania. Wystarczające będzie, gdy obie te czynności zostaną dokonane*

w dowolnej kolejności. Odnosząc się do sposobu dochowania „jednoczesności” składanych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą z przedłużeniem ważności wadium, w odniesieniu potwierdzenia, że przedłużenie ważności wadium musi nastąpić zawsze, gdy następuje przedłużenie terminu związania ofertą, nawet w przypadkach, gdy wadium pozostaje ważne dłużej niż wykonawca jest związany złożoną przez siebie ofertą, to stanowisko takie należy uznać za nieprawidłowe, prowadzące do nakładania obowiązku podwójnego zabezpieczenia wadium (ponoszenia dodatkowych kosztów przez wykonawcę), na te same okresy, przypadające w terminie nowego zadeklarowanego okresu związania ofertą, który stanowi kontynuację okresu poprzedniego związania.”

W postępowaniu, Odwołujący działając z racjonalnych powodów i potwierdzonych praktyką doświadczeń przedłużania się doręczeń, zdecydował się na wniesienie wadium na okres 3 dni dłuży niż wymagany. W skrajnym przypadku, mogłoby dochodzić do całkowitego zdublowania się zabezpieczenia oferty wadium w okresie dodatkowo przyjętego okresu związania ofertą. W ocenie Odwołującego, nie było to zamierzone w wymienionej regulacji art. 85 ust. 4 ustawy. Oferta Odwołującego była przez cały czas trwania postępowania zabezpieczona wadium tj., do 16 maja 2013 roku włącznie. Zatem w dniu 24 kwietnia 2013 r., kiedy to Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty spółki Mosty Katowice Sp. z o.o., oferta Odwołującego pozostawała prawidłowo zabezpieczona wadium w okresie nowego przedłużonego związania ofertą i nie zachodziły jakiegokolwiek podstawy do jej odrzucenia z powołaniem się na dyspozycję art. 24 ustawy. Dalej w uzasadnieniu cytowanego powyżej wyroku KIO czytamy: „Ustawodawca przyjął w art. 85 ust. 2 ustawy PZP, że termin związania ofertą może zostać przedłużony samodzielnie przez wykonawcę, lub na wniosek zamawiającego, skierowany do wykonawcy na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zaznaczając w art. 85 ust. 4 ustawy PZP, iż powinno to nastąpić z jednoczesnym przedłużeniem wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. (...) Z treści 85 ust 4 ustawy PZP, nie można wywodzić zbyt daleko idących wniosków, co do jednoczesności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenia terminu wadium. Wykonawca posiadający ofertę zabezpieczoną wadium na okres dłuższy niż pierwotnego związania, który przedłuża następnie okres związania oferta w czasie, gdy pierwotny okres ważności wadium nie upłynął, nie jest w ocenie Izby, zobowiązany jednocześnie dokonać przedłużenia ważności wadium”.

Skoro Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą w dniu 10 kwietnia 2013 roku, zapowiadając przedłużenie wadium przed upływem terminu jego ważności, tj. przed 16 kwietnia 2013 roku i dotrzymał tego terminu, składając w dniu 15 kwietnia 2013 roku kurierem, nadto w dniu 16 kwietnia 2013 roku drogą elektroniczną -

aneks do gwarancji wadialnej poświadczający jej przedłużenie na pierwotnie ustalonych warunkach do dnia 16 maja 2013 r., to należy uznać, iż jest to jednoznaczne z wypełnieniem wymogów ustawowych:

- pozostawania oferty w okresie związania, objętym zobowiązaniem wykonawcy (Odwołującego).
- zabezpieczenia oferty wadium na cały łączny okres związania oferta, zarówno pierwotny jak i przedłużony, bez żadnych przerw.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy należy uznać za bezprawne, albowiem Odwołujący na mocy art. 85 ust. 2 skutecznie samodzielnie przedłużył okres związania ofertą zapewniając ciągłość zabezpieczenia wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) poprzez jej aneksowanie i przekazanie w terminie. Nadto, w ocenie Odwołującego zachowanie Zamawiającego jest niekonsekwentne i sprzeczne a to z uwagi na wezwanie z dnia 5 kwietnia 2013 roku skierowane do odwołującego w zakresie uzupełnienia wykazu o posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Skoro w piśmie z dnia 24 kwietnia 2013 roku Zamawiający twierdzi, iż Odwołujący dwukrotnie nie zabezpieczył oferty wadium - pierwszy raz w lutym 2013 roku to - jeśli hipotetycznie założyć, iż postępowanie Zamawiającego jest prawidłowe - już wtedy istniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania a Zamawiający tego nie uczynił, co więcej wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu o posiadanie doświadczenia.

[2] w zakresie zarzutów wskazujących na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez spółkę Mosty Katowice Sp. z o.o. i złożenie nieprawdziwych informacji przez spółkę Mosty Katowice Sp. z o.o.:

Dokumenty złożone w ofercie spółki Mosty Katowice Sp. z o.o., nie potwierdzają spełniania przez tego wykonawcę warunku posiadania odpowiedniego potencjału osobowego, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Nadto, przedłożone dokumenty zawierają nieprawdziwe dane, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy spółki Mosty Katowice Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający w punkcie 8.4.2 SIWZ dla części „B” postawił konkretne wymagania dla osób przeznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówień, i tak: osoba przeznaczona do pełnienia funkcji Projektanta w branży kolejowej - linie stacje i węzły kolejowe miała:

- a) posiadać uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności

kolejowej,

b) legitymować się doświadczeniem w opracowaniu, w okresie ostatnich 10 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) w zakresie stacji, węzłów i linii dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej, w tym 1 stacji węzłowej.

Osoba przeznaczona do pełnienia funkcji Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym miała:

a) posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym

b) legitymować się doświadczeniem w opracowaniu, w okresie ostatnich 10 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej, w tym 1 stacji węzłowej.

Wykonawca, tj. Spółka Mosty Katowice Sp. z o.o. przedstawiła w załączniku 4 B tj. w wykazie osób, którymi wykonawca będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia osoby na ww. stanowiska, przedstawiając stosowne zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia podpisane przez umocowaną osobę reprezentującą spółkę Jacobs Polska Sp. z o.o.

Osoba wskazana na stanowisko na stanowisko Projektanta w branży kolejowej - linie stacje i węzły kolejowe - zgodnie z treścią załącznika nr 4 B do oferty, legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem polegającym na opracowaniu projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie przebudowy układu torowego dla stacji węzłowej Gdynia Główna Osobowa (Gdynia Główna).

Tymczasem Odwołujący, jako lider konsorcjum opracowującego dokumentację projektową i przetargową w ramach projektu FS 2004/PL/16/C/PT/006: „*Modernizacja linii kolejowej E65, odcinek Warszawa - Gdynia, etap I w Polsce dla obszaru LCS Gdańsk, Gdynia*”, którego uczestnikiem w ramach konsorcjum była również spółka Jacobs Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest w posiadaniu kopii projektów budowlanego i wykonawczego, z których niezbiec wynika, iż zarówno projekt budowlany jak i projekt wykonawczy przebudowy układu torowego dla stacji Gdynia Główna Osobowa (Gdynia Główna) opracowała inna osoba,

podczas gdy osoba podana przez wybranego wykonawcę w ww. projekcie pełniła funkcję sprawdzającego. Osoba wskazana nie posiada zatem wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w zakresie opracowania projektu budowlanego lub wykonawczego dla co najmniej 1 stacji węzłowej położonej na zelektryfikowanej linii kolejowej. Na powyższą okoliczność Odwołujący przedstawił strony tytułowe projektu budowlanego i wykonawczego przebudowy układu torowego na stacji Gdynia Główna Osobowa (Gdynia Główna) podpisane przez projektanta i sprawdzającego.

Niezależnie od powyższego zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobą Projektanta w branży kolejowej, Odwołujący zarzuca Wykonawcy poświadczenie nieprawdy poprzez podpisanie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, chociaż podlega on wykluczeniu na mocy treści art. 24 ust. 3 ustawy, stanowiącego, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca bowiem, wskazując w ofercie osobę na stanowisko Projektanta w branży kolejowej, spełnił warunek udziału w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia dotyczącego ww. osoby wyłącznie dlatego, że podał informacje nieprawdziwe, a podane informacje miały wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego, wykonawca spółka Mosty Katowice Sp. z o.o. nie podał pełnej i wiarygodnej informacji na temat wykonanych przez osobę wskazaną na stanowisko Projektanta w branży kolejowej dokumentacji, po to, by bez względu na postawiony wymóg spełnić warunki udziału w postępowaniu. Działanie takie winno skutkować bezwzględnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, z uwagi na podawane przez niego nieprawdziwe informacje, które wpłynęły na wynik postępowania. Informacje dotyczące poszczególnych osób omówione powyżej podanych w ofercie wykonawcy są niespójne, sprzeczne z ustaleniami odwołującego i niepełne (nie spełniają warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu), a zatem są niezgodne z prawdą. Nie ulega wątpliwości, iż informacje te miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania i odrzucić złożoną przez niego ofertę.

Ponadto Wykonawca w swojej ofercie wskazał na stanowisko na stanowisko *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym*, osobę, którą będzie dysponował i która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia dla części B. Wykonawca, aby udowodnić, iż będzie dysponował ww. osobą zamieścił w ofercie (str. 22) stosowne zobowiązanie Spółki Jacobs Polska Sp. z o.o. do udostępnienia cyt: „pracowników” w tym m.

in. podanej osoby.

Tymczasem, jak wynika z posiadanych przez Odwołującego informacji, osoba podana przez Mosty Katowice nie była na dzień składania oferty związana ze Spółką Jacobs Polska Sp. z o.o. żadnym stosunkiem prawnym (w tym stosunkiem pracy), na mocy którego Spółka Jacobs Polska Sp. z o.o. miała by prawo dysponować wskazaną osobą w taki sposób, aby udostępnić jego osobę Wykonawcy. W związku z powyższym udostępnienie osoby przez Spółkę Jacobs Polska Sp. z o.o. jest w świetle prawa nieskuteczne, a w konsekwencji Wykonawca nie spełnił warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie dysponowania osobą Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, poświadczył nieprawdę poprzez nie uzasadnione wskazanie osoby w załączniku nr 4B do oferty. Wskazana osoba nie udostępniła się również bezpośrednio spółce Mosty Katowice Sp. z o.o., a tylko takie udostępnienie byłoby na gruncie prawa dopuszczalne, na co Odwołujący złożył pisemne oświadczenie osoby z dnia 14.12.2012 roku, oraz pisemne oświadczenie (bez daty).

Wykonawca spółka Mosty Katowice Sp. z o.o. nie wykazała warunku dysponowania zasobami zdolnymi do realizacji zamówienia, o których mowa we wskazanym wyżej pkt. 8.4.2 SIWZ dla części B i w konsekwencji powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Przepis ustawy jest jednoznaczny - w sytuacji, gdy Wykonawca złoży nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Należy bowiem odróżnić dwie sytuacje - pierwszą, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania - wówczas podlega on wykluczeniu z postępowania, jak i drugą - gdy przedłoży prawdziwe informacje, które jednak nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu - w takiej sytuacji Zamawiający ma obowiązek wezwać taką osobę w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Inaczej mówiąc - nawet samodzielne przedłożenie przez wykonawcę dokumentów, które miałyby potwierdzać, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu nie zmienia faktu, iż złożył on nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. A skoro wykonawca takie informacje złożył - spełniona jest przesłanka określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, która stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Potwierdza to jednoznacznie orzecznictwo KIO. I tak np. w orzeczeniu z 30 grudnia 2011 r., KIO 2681/11, wskazano, że: *„Izba wskazuje, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym,*

adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Należy przy tym zwrócić uwagę na wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy normy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 PZP."

[3] w zakresie zarzutu wskazującego na niespełnienie wymagań określonych w SIWZ w zakresie prawidłowego zabezpieczenia oferty Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach wadium:

Jak wynika z pkt. 11.12 SIWZ, str. 27 okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia w poczet zabezpieczenia należytego wykonania Umowy określa Ustawa. Wykonawca przedkładając wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000062922 z dnia 13 grudnia 2012 r. wystawionej przez TU Ergo Hestia S.A. powołał się na ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych pomijając:

- a) wyszczególnienie okoliczności powodujących utratę wadium przez wykonawcę zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy,
- i/lub
- b) wyraźne wskazanie po tytule ustawy Dziennika Ustaw, z którego wynika aktualna treść ustawy bądź użycie wyrażenia „wraz z późniejszymi zmianami”, tak aby oczywiste było iż gwarancja wykonawcy nawiązuje swoją treścią do ustawy PZP w wersji aktualnej na dzień składania ofert.

Zgodnie z pierwotnym tekstem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku okoliczności przypadku wadium na rzecz Zamawiającego określał tylko i wyłącznie art. 46 ust. 5 o treści:

„5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.*

Tymczasem zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 46 ustawy, do okoliczności uzasadniających utratę wadium przez wykonawcę na rzecz zamawiającego dodano na podstawie art. 1 pkt 16 lit. b) ustawy z dnia 4 września 2008 r. (Dz.U.2008.171.1058)

zmieniającej nin. ustawę z dnia 24 października 2008 r. ust. 4a o treści: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. W konsekwencji należy uznać, iż niejasne są okoliczności przypadku wadium na rzecz Zamawiającego, co oznacza, że wykonawca tj. spółka Mosty Katowice Sp. z o.o. nie zabezpieczyła swojej oferty należyłą gwarancją wadialną.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawcy Biuro Projektów Komunikacyjnych sp. z o.o. w Poznaniu oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu braku jednoczesnego przedłużenia wadium na dalszy, przedłużony okres związania ofertą:

W analizowanej sprawie, Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na przedłużenie terminu związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium. W uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający podał: „Wykonawca, w odpowiedzi na wystąpienie Zamawiającego, w dniu 05 lutego 2013 r. przesłał pismo w którym wyraził zgodę na przedłużenie o 60 dni okresu związania ofertą, który mijał w dniu 11 lutego 2013 r., jednocześnie informując, że wszczął procedurę przedłużenia gwarancji wadialnej i że stosowny aneks zostanie przesłany Zamawiającemu niezwłocznie po jego otrzymaniu od Towarzystwa Ubezpieczeniowego. W dniu 12 lutego 2013 r. Zamawiający otrzymał aneks gwarancji ubezpieczeniowej wydłużający ważność do 16 kwietnia 2013 r. Podobnie, w dniu 10 kwietnia Wykonawca przesłał pismo, w którym poinformował Zamawiającego, że samodzielnie przedłuża okres związania ofertą (który mijał w dniu 12 kwietnia 2013 r.) do dnia 16 maja 2013 r. i że stosowny aneks zostanie przesłany Zamawiającemu niezwłocznie po jego otrzymaniu od Towarzystwa Ubezpieczeniowego. **TYM SAMYM WYKONAWCA DWUKROTNIE W DNIU DOKONANIA STOSOWNEGO PRZEDŁUŻENIA OKRESU ZWIĄZANIA OFERTĄ NIE ZABEZPIECZYŁ OFERTY WADIUM NA CAŁY OKRES PRZEDŁUŻONEGO ZWIĄZANIA OFERTA.**”

Na rozprawie Zamawiający podał, że nie kwestionuje przedstawienia Zamawiającemu oryginałów gwarancji wadialnych, ale w jego ocenie, każdorazowo, gdy wykonawca składa oświadczenie o przedłużeniu terminu związania z ofertą, powinno być jednocześnie

przedłużone wadium na ten przedłużony termin związania z ofertą. Wobec powyższego stanowiska Zamawiającego, podkreślenia wymaga, że w rozpatrywanej sprawie, w momencie przedłużenia terminu związania ofertą na dalszy okres, wykonawca posiadał jeszcze ważne wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, które to wadium przed upływem jego ważności przedłużył na dalszy czas. Tym samym, nie wystąpiła ani przez chwilę sytuacja przerwania wadium ani niemożliwości skorzystania z niego przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego przez cały czas, w jakim Zamawiający prowadził postępowanie była zabezpieczona wadium. Jedynym zastrzeżeniem, jakie postawił Odwołującemu Zamawiający, był brak jednoczesności przedłużenia wadium na przedłużony termin związania ofertą. Istotnie, przepis art. 85 ust. 4, zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zamawiający w oparciu o powyższy przepis, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania. Przepis ten stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W świetle powyższego przepisu, nie sposób wykluczać wykonawcy, który zabezpieczył swoją ofertę prawidłowym wadium przez cały okres trwania postępowania, w tym zabezpieczeniu nie wystąpiła przerwa, a także który dokonywał przedłużenia terminu związania ofertą tak, że istniała ciągłość zarówno wadium jak i oświadczenia o związaniu ofertą. O ile wskazany przepis zdaje się wyrażać zasadę stabilności informacyjnej w zakresie oświadczenia o związaniu ofertą, na który to pełny okres tego związania powinno być również przedłużone wadium, nie sposób dopatrzeć się powodów, dla których wykluczeniu podlegałby wykonawca, który do wyboru najkorzystniejszej oferty był związany swoją ofertą i przez cały czas tego postępowania, nieprzerwanie zabezpieczał ją wadium we właściwej wysokości. Wymaganie, by wykonawca mając jeszcze w pełni ważne wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, oświadczać o dalszym związaniu ofertą na kolejny czas, musiał jednocześnie przedłużać wadium wydaje się być wyrazem zarówno niczym nieuzasadnionego formalizmu i nadmiernego rygoryzmu jak i nakładającym na wykonawców nieuzasadniony wydatek. O ile faktycznie, Zamawiający w takim wypadku może chwilowo pozostawać w niepewności, co do tego, czy wykonawca, w wyniku złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą na określony czas, który w danej sytuacji będzie dłuższy niż ważność jego wadium, pozostanie stabilny w tym oświadczeniu (przedłuży w odpowiednim czasie wadium na pozostały czas), to stan faktyczny analizowanej sprawy nie pozwala przyjąć, że zaistniała przerwa

w zabezpieczeniu wadium Odwołującego, a co za tym idzie – cel wadium, wymagania wobec niego stawiane (nieprzerwane zabezpieczenie oferty), zostały spełnione. Podzielając zatem argumentację wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lutego 2012 roku w spr. o sygn. KIO/UZP 1763/09, KIO/UZP 1764/09, biorąc pod uwagę okoliczności analizowanej sprawy, uznano, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było wyrazem nadmiernego rygoryzmu i nie powinno mieć miejsca, co determinowało podzielenie stawianego w odwołaniu zarzutu.

Mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy, który pozwala uwzględnić odwołanie jedynie w sytuacji, gdy potwierdzenie zarzutów ma wpływ na wynik postępowania, w warunkach, gdy oferta Odwołującego nie jest najkorzystniejszą, dla uwzględnienia odwołania konieczne było potwierdzenie dalszych zarzutów, kierowanych wobec oferty Mosty Katowice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, co, z powodów niżej wskazanych, nie miało miejsca.

Zarzuty, w części stanowiącej rozważania w zakresie złożenia oryginału przedłużonej gwarancji ubezpieczeniowej pozostawały bez znaczenia, skoro Odwołujący złożył uzupełniane gwarancje w oryginale i nie było to – jak wskazywał Zamawiający na rozprawie - kwestionowane przez Zamawiającego.

Z powyższych względów, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujące na bezpodstawność wykluczenia Odwołującego z postępowania okazały się zasadne, co jednak nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy).

[2] w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia przez wykonawcę Mosty Katowice spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami, w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta w branży kolejowej – linie stacje i węzły kolejowe*:

Odwołujący wykazywał, że wskazana przez Mosty Katowice spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością osoba na stanowisko *Projektanta w branży kolejowej – linie, węzły, stacje kolejowe* nie spełnia postawionego warunku, a to z uwagi na to, że w rzeczywistości nie pełniła funkcji projektanta ale sprawdzającego, co nie pozwala uznać, by wyczerpywało to wymagania stawianego warunku udziału w postępowaniu. Wobec tej osoby Zamawiający skonkretyzował następujący warunek udziału w postępowaniu: „*Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej; doświadczenie w opracowaniu,*

w okresie ostatnich 10 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) w zakresie stacji, węzłów i linii dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej, w tym 1 stacji węzłowej” (SIWZ, pkt 8.4.2, str. 9).

Biorąc powyższe pod uwagę, dostrzeżenia wymaga, że, istotnie, czynności projektanta są inne, aniżeli osoby, która dokonywała sprawdzenia dokumentacji (sprawdzającego); inna jest także odpowiedzialność tych osób. Niemniej jednak, podkreślenia – po pierwsze - wymaga brzmienie postawionego w przedmiotowym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu: mówi się w nim o „doświadczeniu w opracowaniu” określonych dokumentacji, bez narzucania konkretnego stanowiska, jego charakteru, w ramach którego to opracowanie nastąpiło. Nie jest także argumentem przemawiającym za uznaniem, że osoba podana w *Wykazie osób którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dla części B zamówienia* – zał. B nie posiada wymaganego doświadczenia okoliczność – na co powoływał się Odwołujący na rozprawie, że Przystępujący Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach w złożonym piśmie przyznał, że sporna osoba pełniła funkcję osoby sprawdzającej, podczas gdy w załączonym do oferty *Wykazie osób* wskazano jako zajmowane stanowisko: „starszy projektant”. Rola pełniona w danym zadaniu, rzeczywisty zakres zadań – projektant czy sprawdzający nie musi w konkretnej sytuacji być tożsama z funkcją jaką pełni osoba czy z nadanym temu stanowisku tytułem. Istotne są czynności wykonywane przez daną osobę, w tym wypadku czy mieszczą się one w pojęciu „opracowania” odpowiedniej dokumentacji, niezależnie od roli pełnionej w danym zadaniu.

Po drugie – Odwołujący posiadając wiedzę z własnego uczestnictwa w zadaniu „*Modernizacja linii kolejowej E65, odcinek Warszawa - Gdynia, etap I w Polsce dla obszaru LCS Gdańsk, Gdynia*”, które zostało podane dla wykazania doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta w branży kolejowej – linie, węzły, stacje kolejowe* przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, że stanowisko projektanta zajmowała inna osoba, zdaje się pomijać okoliczność, że jest to tylko jedno z czterech zadań wykazanych przez Mosty Katowice dla spornej osoby. Stąd nie można uznać za właściwe wnioski o niewykazaniu wymaganego doświadczenia przez daną osobę, bez jednoczesnego zakwestionowania pozostałych zadań (trzy pierwsze pozycje *Wykazu osób którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dla części B zamówienia* – zał. B). Odwołujący w żaden sposób nie podjął argumentacji, która by wskazywała, że pozostałe trzy zadania, opisujące doświadczenie osoby podanej przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach na stanowisko *Projektanta w branży kolejowej – linie, węzły, stacje kolejowe* nie wyczerpują wymagania stawianego treścią warunku.

Powyższe czyniło stawiany w odwołaniu w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, niewykazany.

[3] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia przez wykonawcę Mosty Katowice spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami, w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowiska *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym*:

W odniesieniu do spornej osoby Odwołujący podał, że na dzień składania ofert, nie była ona związana ze Spółką Jacobs Polska Sp. z o.o. żadnym stosunkiem prawnym (w tym stosunkiem pracy), na mocy którego Spółka Jacobs Polska Sp. z o.o. miałaby prawo dysponować podaną osobą w taki sposób, aby ją udostępnić Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, udostępnienie osoby jest w świetle prawa nieskuteczne, a w konsekwencji Wykonawca nie spełnił warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym*, a także poświadczył nieprawdę poprzez nieuzasadnione wskazanie osoby w załączniku nr 4 B do oferty.

Biorąc pod uwagę argumentację prezentowaną w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, że w dokumentach składających się na ofertę Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach mieści się oświadczenie Jacobs Polska sp. z o.o. w Katowicach, zgodnie z którym, podmiot ten, zobowiązuje się udostępnić Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia, *na okres niezbędny do jego realizacji wymienionych niżej pracowników: (...) 5. Projektant branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym*, których zobowiązuje się skierować do wykonywania robót (usług) objętych kontraktem.

Strony wykazały w zakresie powyższego zarzutu inicjatywę dowodową składając:
- Odwołujący - oświadczenie osoby wskazanej na sporne stanowisko z dnia 14 grudnia 2012 r., z którego wynika, że osoba jest zainteresowana współpracą z Odwołującym oraz że na dzień 14.12.2012 prowadzi własną działalność gospodarczą i nie jest stroną umowy o pracę ani umowy cywilnoprawnej z żadną spółką na potrzeby realizacji projektu pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej materiałów przetargowych w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”*. Odwołujący załączył także do odwołania kolejne oświadczenie wskazanej przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach osoby, w którym sporna osoba podała: *„Ja*

(...), prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) niniejszym oświadczam, że: a) nie jestem obecnie ani nie byłem w dacie 14 grudnia 2012 r. pracownikiem Jacobs sp. z o.o., b) w żadnym wypadku nie oddałem do dyspozycji Mosty Katowice sp. z o.o. ul. Rolna 12, Katowice zasobów w postaci mojej osoby na okres wykonywania zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej materiałów przetargowych w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”, ani nie zobowiązałem się do oddania do dyspozycji wskazanego wyżej podmiotu (tj. Mosty Katowice sp. z o.o.) zasobów w postaci mojej osoby na okres wykonywania ww. zadania publicznego”.

- Przystępujący Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach złożył oświadczenie Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie, z dnia 14 maja 2013 r. zgodnie z którym „posługując się w oświadczeniu z dnia 11.12.2012 r. udostępniającym przez Jacobs Polska Sp. z o.o. Mostom Katowice Sp. z o.o. personel na potrzeby realizacji wskazanego w temacie zamówienia słowem „pracownicy”, Jacobs miał na myśli szerokie rozumienie tego słowa bez odwoływania się do podstaw prawnych dysponowania przez Jacobs poszczególnymi członkami udostępnianego personelu. W szczególności Jacobs nie miał na myśli znaczenia słowa „pracowników” w rozumieniu kodeksu pracy ale szerokie cywilistyczne i zamówieniowe rozumienie tego słowa, tj. posiadanie w dyspozycji danej osoby ze względu na dysponowanie nią z powodu czy to łączącej umowy o pracę, czy umowy o dzieło, zlecenie, współpracy czy innej umowy cywilnoprawnej.” Przystępujący złożył również pisemne wyjaśnienie osoby wskazanej na sporne stanowisko z 9 maja 2013 r. w którym osoba ta oświadczyła:

„W nawiązaniu do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie zarzutu dotyczącego mojej osoby wyjaśniam co następuje:

1. Jestem związany Umową o Współpracy z Jacobs Polska Sp. z o.o., z dnia 18 kwietnia 2012 r., na mocy której oddałem do dyspozycji swoją osobę na potrzeby Jacobs Polska Sp. z o.o., w tym na potrzeby przetargu wskazanego w temacie.
2. Umowa z Jacobs Polska Sp. z o.o. nie zakazuje tej Firmie udostępniania mojej osoby innym podmiotom, także bez mojej wiedzy. Niniejszym potwierdzam firmie Jacobs Polska Sp. z o.o. swoją zgodę na takie udostępnienie.
3. Swoje oświadczenie na rzecz Biura Projektów Komunikacyjnych Sp. z o.o. składałem w dniu 14.12.2012 r. w dobrej wierze, ponieważ nie jestem związany z Firmą Mosty Katowice jakąkolwiek umową.
4. Wyrażam dalszą wolę współpracy z Jacobs Polska Sp. z o.o. i nie mam zastrzeżeń odnośnie udostępnienia mojej osoby Firmie Mosty Katowice. Potwierdzam również, iż

w przypadku wygrania zamówienia przez Mosty Katowice Sp. z o.o. będą realizował zamówienie w zakresie wskazanym w ofercie Mostów Katowice Sp. z o.o.”.

Przystępujący złożył również umowę o współpracy z 18 kwietnia 2012 r. pomiędzy osobą podaną na stanowisko *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym* a Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie, z której wynika, że strony współpracują w trakcie umów realizowanych przez Zamawiającego w zakresie wykonywania wszelkich projektów w specjalności Sterowanie Ruchem Kolejowym; szczegółowe zasady współpracy w ramach każdej z umów realizowanych przez Zamawiającego określają odrębne umowy cywilnoprawne.

Biorąc pod uwagę dokumenty złożone w ofercie, w tym przede wszystkim oświadczenie podmiotu trzeciego (Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie), jak również dalsze – składane przez Odwołującego oraz Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach oświadczenia, podkreślenia wymaga, że jakkolwiek – na pierwszy rzut oka – oświadczenia osoby wskazywanej na stanowisko *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym* mogłyby wydawać się chwiejne lub sprzeczne, to ostatecznie wnikliwa lektura tych oświadczeń nie pozwala na uznanie, że wskazana osoba nie została udostępniona Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach przez Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie: z oświadczenia tej osoby z 14 grudnia 2012 r., wynika jedynie tyle, że osoba jest otwarta na współpracę z Odwołującym oraz że prowadzi działalność gospodarczą i nie zawierała osobistych porozumień co do uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe jednak nie przeczy tezie, że Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie, stale współpracując z tą osobą mógł ją udostępnić innemu podmiotowi (Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach). Przeciwnie: okoliczność, że sporna osoba podała, że nie zawierała osobistych porozumień w zakresie uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu może potwierdzać, że takiej dyspozycji dokonał podmiot, który stale z nią współpracuje, co też może tłumaczyć brak wiedzy tej osoby o zadaniu objętym przedmiotem zamówienia. Podkreślenia wreszcie wymaga że także nie może być uznane za przesądzające konsekwentne oświadczenie wskazywanej osoby, iż nie jest pracownikiem Jacobs Polska sp. z o.o. – wskazywana osoba wyraźnie podała, że prowadzi działalność gospodarczą, co także uwiarygadnia i czyni niesprzecznymi składane przez strony oświadczenia, biorąc pod uwagę, że jest relatywnie częstą praktyką wykonywanie niektórych zawodów, szczególnie tych wyspecjalizowanych i z natury funkcjonujących na zasadzie konkretnego zadania, projektu (zawody w budownictwie, projektowaniu, IT), nie w oparciu o konwencjonalną umowę o pracę ale na zasadzie działalności gospodarczej, świadczenia usług. W takich warunkach, niejednokrotnie istnienie między danym podmiotem a konkretną osobą porozumienia co do wzajemnej współpracy jest traktowane jako relacja bliska stosunkowi

pracy, a osoby współpracujące nazywane pracownikami. Tak też charakter wzajemnych relacji opisał Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie, podając, że w zobowiązaniu do udostępnienia osób na rzecz Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, kiedy jest mowa o „pracownikach” chodziło o szerokie rozumienie tego słowa, bez odwoływania się do podstaw prawnych dysponowania poszczególnymi członkami udostępnianego personelu.

Zatem samo posłużenie się w spornym zobowiązaniu stwierdzeniem, że Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie udostępnia pięciu wskazanych w jego treści pracowników, nie oznacza jeszcze, że, wobec faktu, że te osoby nie mają statusu pracowników Jacobs Polska sp. z o.o., wykonawca Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albo złożył nieprawdziwe informacje. Stąd złożone przez Odwołującego oświadczenie osoby, z którego wynika, że osoba jest zainteresowana współpracą z Odwołującym oraz że na dzień 14.12.2012 prowadzi własną działalność gospodarczą i nie jest stroną umowy o pracę ani umowy cywilnoprawnej z żadną spółką na potrzeby realizacji projektu pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej materiałów przetargowych w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”* nie oznacza jeszcze, że taka osoba, będąc związana stałymi stosunkami z Jacobs Polska sp. z o.o., węzłem wzajemnej współpracy nie została przez ten podmiot udostępniona w razie uzyskania przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę niepewność co do wyniku tego postępowania, ewentualne starania obu podmiotów o uzyskanie różnych kontraktów, nie jest dla skuteczności udostępnienia osoby niezbędne zakomunikowanie jej o wskazaniu jako kluczowego personelu, w razie uzyskania zamówienia. Całokształt złożonych przez strony oświadczeń a także każde z nich odczytywane z osobna, nie pozwala na uznanie, by nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albo złożył nieprawdziwe informacje: oświadczenia złożone przez Odwołującego wskazują, że osoba jest otwarta na współpracę z Odwołującym, co nie stoi przecież na przeszkodzie takiej współpracy z innymi podmiotami, nie przeczy też tezie, że podmiot stale współpracujący z daną osobą, wiedząc o jej gotowości do podjęcia kolejnych zadań, mógł ją wskazać do pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Wynikające ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia spornej osoby twierdzenie o tym, że nie oddała się do dyspozycji Mosty Katowice sp. z o.o. ul. Rolna 12, Katowice do realizacji zamówienia publicznego pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej materiałów przetargowych w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”*, ani nie zobowiązała się do oddania do

dyspozycji tego podmiotu także nie oznacza bezskuteczności zobowiązania Jacobs Polska sp. z o.o. Przeciwnie – jeśli Jacobs Polska sp. z o.o., pozostając w stałych stosunkach kontraktowych z tą osobą dokonał tego rodzaju dyspozycji, to tym samym wskazana osoba sama nie zawarła porozumień z Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach. To także nakazuje uznać złożone oświadczenia za spójne i wzajemnie niesprzeczne. Z treści złożonych przez Odwołującego oświadczeń nie sposób wywieść wniosku, że osoba udostępniona przez Jacobs Polska sp. z o.o. w Warszawie i wskazana przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach na stanowisko *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym* w rzeczywistości nie została udostępniona przez Jacobs Polska. Powyższe czyni zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także złożenia przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy) – nieudowodnionym.

[4] w zakresie zarzutu dotyczącego złożenia przez wykonawcę Mosty Katowice spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach nieprawdziwych informacji w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym* oraz *Projektanta w branży kolejowej – linie stacje i węzły kolejowe*:

Podkreślenia na wstępie wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05 *niepubl.*). Jakkolwiek jednak postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji, to jednak staranność ta nie może sięgać tak daleko, by można było wnioskować o złożeniu nieprawdziwych informacji na

podstawie dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które odpowiadają na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, co do którego – wobec posłużenia się pojęciami niejednoznacznymi, czy też takimi, co do których doktryna i orzecznictwo wyraża pewne wytyczne, można, w konkretnej sytuacji, przyjmować różne rozumienia. Dodatkowo dostrzec należy, że wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz działania wykonawców nie znajdującego uzasadnienia w dokumentach postępowania (SIWZ) czy wytycznych stawianych przez orzecznictwo lub nawet ugruntowaną praktykę.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z pkt 4 tego przepisu wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie spornym pomiędzy stronami, w części dotyczącej spełnienia lub nie przez Mosty Katowice sp. z o. o. w Katowicach warunku udziału w postępowaniu (a w konsekwencji – w części wskazującej, zgodnie z postulatami Odwołujących Biuro Projektów Komunikacyjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Ove Arup & Partners International Limited – na złożenie nieprawdziwych informacji) stawiane zarzuty nie znalazły potwierdzenia.

Dostrzeżenia także wymaga w tym miejscu, iż gdyby każdorazowo utożsamiać niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ze złożeniem nieprawdziwych informacji, regulacja art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miałaby innego zastosowania aniżeli sytuacje, gdy wykonawca w ogóle nie złożył jakichkolwiek dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Stąd należy raczej przyjąć, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy, która w konkretnym układzie faktycznym może kumulować się z opisanym w pkt 3 tego przepisu złożeniem nieprawdziwych informacji. Przyjęcie, w ślad za poglądem wnoszących odwołania, że każdorazowo zawarte w wykazie usług oświadczenia, złożone w dobrej wierze, z uwzględnieniem wymaganej w danych okolicznościach staranności płynącej z profesjonalnego charakteru działalności wykonawcy, z których nie będzie wynikało wykazanie postawionego warunku udziału w postępowaniu stanowią o złożeniu nieprawdziwych informacji oznaczałoby, że podstawa wykluczenia

wykonawcy z postępowania o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nigdy nie miałyby zastosowania.

Na gruncie analizowanej sprawy, z opisanych wyżej – w tej części w pkt III [2] i [3] – względów, nie znalazły potwierdzenia zarzuty i argumentacja wskazujące na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Upatrywanie, jak czynią to obaj Odwołujący, w podaniu w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta w branży kolejowej – linie, węzły, stacje kolejowe* zadania, które w ocenie Odwołujących nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, złożenia nieprawdziwych informacji, w warunkach gdy wykonawca Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach podał jeszcze trzy inne zadania, których Odwołujący nie kwestionują, nie zasługuje na uwzględnienie także z tego powodu, że w takim wypadku podane w ofercie wykonawcy informacje nie będą miały wpływu na wynik prowadzonego postępowania, czego wymaga przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[5] w zakresie zarzutu wskazującego na niespełnienie wymagań określonych w SIWZ w zakresie prawidłowego zabezpieczenia oferty Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach wadium:

Odwołujący wskazany zarzut opiera o tezę, że gwarancja ubezpieczeniowa w ofercie Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach jest wadliwa (niezgodna z treścią SIWZ) z uwagi na niewskazanie publikatora – Dziennika Ustaw, przy przywołaniu w jej treści w sposób ogólny ustawy Prawo zamówień publicznych co, w ocenie Odwołującego, wobec zmiany przepisu art. 46 ustawy, skutkuje uznaniem że *niejasne są okoliczności przypadku wadium na rzecz Zamawiającego, co oznacza, że wykonawca tj. spółka Mosty Katowice Sp. z o.o. nie zabezpieczyła swojej oferty należyłą gwarancją wadialną.*

Z tak wyartykułowaną argumentacją nie sposób się zgodzić: gwarancja wadialna opatrzona została konkretną datą, oczywistym jest zatem, że wskazana w niej ustawa znajduje zastosowanie w brzmieniu, jaki obowiązywał na dzień wystawienia tego dokumentu. Jeśli by mieć co do tego wątpliwości, to do rozstrzygnięcia tej kwestii służyć mogą podstawowe zasady związane ze stosowaniem prawa, w tym treść przepisów przejściowych, które przewidują z jaką datą wchodzi w życie zmienione lub wprowadzone przepisy (wskazywana przez Odwołującego nowelizacja weszła w życie z dniem 24 października 2008 r.). Zatem gwarancja ubezpieczeniowa, datowana na 13 grudnia 2012 r., nie może odnosić się do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu innym, niż obowiązujący na dzień jej wystawienia, co czyni zarzut w tej mierze – całkowicie chybionym. Na marginesie

jedynie zauważenia wymaga, że zarzut w kształcie i treści jaki został postawiony w odwołaniu, także nie mógł skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ; powyższa kwestia mogłaby ewentualnie być rozważana w kategorii podstawy do wykluczenia wykonawcy.

V. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ SUDOP PRAHA (spr. o sygn. KIO 1021/13):

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części C na czynności i zaniechania polegające na:

1. wykluczeniu Wykonawcy - firmy SUDOP Praha a.s., na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) uUstawy, z uwagi, że Wykonawca w dniu dokonania stosownego przedłużenia okresu związania ofertą nie zabezpieczył oferty wadium na cały okres przedłużonego związania ofertą oraz z uwagi, że Wykonawca samodzielnie nie przedłużył okresu ważności wadium albo jeśli to nie było możliwe, nie wniósł nowego wadium;
2. wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez firmę MGGP S.A. w Tarnowie;
3. zaniechaniu wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy, z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na fakt, iż Wykonawca nie spełnia warunku określonego w punkcie 8.4.1 SIW2, tj. posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia;
4. zaniechaniu wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy, z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz ze względu na fakt, iż Wykonawca nie spełnia warunku określonego w punkcie 8.4.3 SIWZ, tj. znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8, art. 24 ust. 2 pkt 2), art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt. 4), oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
- 3) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, ze szczególnym uwzględnieniem art. 90 ust. 1 Ustawy;
- 4) ujawnienie informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w szczególności

wyjaśnień i brakujących oświadczeń lub dokumentów wykonawców: MGGP S.A. oraz Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł następującą argumentację:

[1] w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania:

Odwołujący wraz z ofertą złożył oryginał gwarancji bankowej nr 1206992029 ważnej do dnia 10.02.2013 r. Jednocześnie do oferty dołączył zmianę (aneks) do ww. gwarancji bankowej przedłużającej jej ważność z dnia 10.02.2013 r. do dnia 28.02.2013 r. Oryginał gwarancji bankowej wraz z aneksem znajduje się w ofercie Odwołującego. W dniu 04.02.2013 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego (pismo nr: IRZUd-2130-007-09/13) na podstawie art. 85 ust. 2 Ustawy z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania z ofertą o 60 dni. Jednocześnie poinformował, że przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. W odpowiedzi na ww. pismo Odwołujący w dniu 08.02.2013 r. (pismo nr: 1182/2/2013/W/0) wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem o ten okres ważności wadium. Odwołujący w ww. piśmie poinformował Zamawiającego, że wadium na przedłużony okres związania z ofertą zostało już wniesione i jest ważne do dnia 28.02.2013 r., a na resztę przedłużonego terminu związania ofertą zostanie złożony kolejny aneks (zmiana) do złożonej w ofercie gwarancji bankowej. W dniu 13.02.2013 r. został w siedzibie Zamawiającego złożony aneks (zmiana) nr 2 do gwarancji bankowej nr 1206992029 wraz z tłumaczeniem przysięgłym, która przedłużała ważność gwarancji z dnia 28.02.2013 r. aż do dnia 30.04.2013 r. Wobec powyższego, należy jednoznacznie stwierdzić, iż Odwołujący wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą zabezpieczył ofertę wadium do dnia 30.04.2013 r. i zachował w tej kwestii ciągłość.

Twierdzenie Zamawiającego, że *„Wykonawca samodzielnie nie przedłużył okresu związania ofertą, który minął w dniu 12 kwietnia 2013 r., jednocześnie nie przedłużył okresu ważności wadium albo, jeśli to nie było możliwe, nie wniósł nowego wadium“*, wobec argumentacji przedstawionej powyżej również nie zasługuje na akceptację. Jak wykazano powyżej, Odwołujący składając aneks (zmianę) nr 2 do gwarancji bankowej zabezpieczył swoją ofertę wadium aż do dnia 30.04.2013 r.

Samodzielne nieprzedłużenie okresu związania z ofertą nie stanowi podstawy do Wykluczenia Wykonawcy z postępowania - ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy dopuścił możliwość wykluczenia wykonawców jedynie w przypadku, gdy nie zgodzili się oni

na przedłużenie okresu związania ofertą. Art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy jest ściśle związany z art. 85 ust 2 ustawy, gdzie na zamawiającym spoczywa obowiązek zwrócenia się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika z powyższego, w przypadku gdy zamawiający zwraca się do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a ten nie zgadza się na to przedłużenie, wtedy dopiero powstaje okoliczność, którą przewiduje art. 24 ust 2 pkt 4) ustawy. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy nie przewiduje, w jakiej formie ma być złożone oświadczenie woli wykonawcy dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą. Przyjmuje się, że na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy, zastosowanie znajdzie art. 60 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażone przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (Informator Urzędu Zamówień Publicznych, kwiecień 2012 r.) Odwołujący sukcesywnie zgadzał się na przedłużenie terminu związania ofertą i do końca chciał uczestniczyć w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym, czego najlepszym dowodem jest samodzielne przedłużenie gwarancji bankowej aż do dnia 30.04.2013 r., czyli daty dalece wykraczającej poza żądania Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. KIO 459/12) argumentuje, że *„pojęcie związania ofertą jest kwestią woli, a nie faktów. Kwestia, czy wykonawca wyrażą wolę zawarcia umowy po upływie okresu związania ofertą stanowi jego wyłączną domenę związaną z zasadą swobody umów. Jak każde oświadczenie woli wymaga ono jedynie uzewnętrznienia. Mając na uwadze cel i znaczenie pojęcia związania ofertą, moment jego uzewnętrznienia, w odniesieniu do możliwości zawarcia z wykonawcą ważnej umowy, należy oceniać w sposób elastyczny”*. Również w wyroku KIO z dnia 8.05.2008 r. (KIO/UZP 401/08) Izba uznała za właściwe stanowisko odwołującego, iż poprzez złożenie gwarancji wadialnych złożył on dorozumiane oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Podobnie wyraziła się cała Krajowa Izba Odwoławcza w swojej Uchwale z dnia 24 maja 2011 r. (sygn. KIO/KD 44/11), zgodnie z którą *„upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany, jako nieskutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się, że po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą, a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa się, że brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie*

wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty". Zatem samodzielne nieprzedłużenie oferty przez Odwołującego na okres od dnia 12.04.2013 r. do dnia 24.04.2013 r. (data wyboru oferty najkorzystniejszej), przy jednoczesnym zabezpieczeniu oferty wadium do dnia 30.04.2013 r. nie stanowi jakiegokolwiek podstawy do Wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania przetargowego.

[2] w zakresie zarzutów wskazujących na rażąco niską cenę w ofertach MGGP S.A. w Tarnowie oraz Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie:

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że oprócz wezwań Zamawiającego do wykonawców MGGP S.A. w Tarnowie oraz Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie dotyczących złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów, żadna inna korespondencja nie była prowadzona i żadne inne wyjaśnienia od ww. wykonawców nie były żądane. Wartość zamówienia dla Części C podana w ogłoszeniu o zamówieniu oraz podczas otwarcia ofert wynosiła: 118.080.000,00 PLN brutto. Wartość ofert, które do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej były zainteresowane uzyskaniem zamówienia, za zaoferowaną przez siebie cenę przedstawia się następująco:

- MGGP S.A. - 30.533.200,00 PLN brutto
- Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. - 32.226.000,00 PLN brutto;
- Sudop Praha a.s. - 92.250.000,00 PLN brutto.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, na Zamawiającym ciąży obowiązek ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w tym celu zobowiązany jest do zwrócenia się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl stwierdza, że „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.“. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy, ma obowiązek ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością i nie dokonał jej zmiany na podstawie art. 35 ust. 2 ustawy, to należy domniemywać że podana w ogłoszeniu i na otwarciu ofert wartość zamówienia została ustalona starannie

i odzwierciedla rzeczywiste koszty jakie wykonawca będzie musiał ponieść, żeby zamówienie zostało wykonane należycie.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 08.02.2013 r. (KIO 177/13), Odwołujący nie ma obowiązku udowodnienia, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Musi wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość) obliuguje Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny (Informator Urzędu Zamówień Publicznych, kwiecień 2013 r.).

Wobec braku żądania wyjaśnień przez Zamawiającego, Odwołujący nie jest w posiadaniu informacji dotyczących oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia czy oryginalności projektu, a więc wszystkich tych informacji, które Zamawiający uzyskałby gdyby skorzystał z art. 90 ust. 1 i 2 Ustawy. W związku z powyższym według doświadczenia i wiedzy Odwołującego, ceny ofertowe zaproponowane przez MGGP S.A. oraz Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. są cenami niewiarygodnymi i nierealistycznymi i wybór któregośkolwiek z ww. wykonawców grozi niewykonaniem zamówienia w przyszłości, a na pewno jego nienależytym wykonaniem przez ww. wykonawców. Mając na uwadze fakt, że zarówno cena ofertowa MGGP S.A. jak i cena ofertowa Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający winien odrzucić oferty ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy.

[3] w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego uznania za prawidłowo zastrzeżone informacji, nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa:

Zarówno wykonawca MGGP S.A. w Tarnowie jak i wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie w swoich ofertach zastrzegali część dokumentów, oświadczając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa: Wykonawca MGGP S.A. zastrzegł w ofercie *Wykaz osób* (str. 98 - 127 oferty) oraz uzupełnienie do oferty z dnia 11.04.2013 r. również w zakresie wykazu osób; a Wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorcy: Załącznik nr 5 do oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie oraz zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia; informacji z banku wraz ze zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia zdolności finansowej,

Wykazu osób stanowiącego Załącznik nr 4 do oferty; całość wyjaśnień i uzupełnień na wezwania Zamawiającego z dnia 19.03.2013 r. i 05.04.2013 r. w zakresie Wykazu osób, zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji osoby zdolnej do wykonania przedmiotu zamówienia oraz w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego zastrzeżone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w myśl ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym Zamawiający uniemożliwiając zapoznanie się z nimi naruszył podstawową zasadę udzielania zamówień tj. zasadę jawności, która została określona w art. 8 Ustawy. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych wyrażoną na stronie internetowej urzędu - tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi co uczynił wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o., tym bardziej, że uzupełnione referencje najprawdopodobniej pochodzą od podmiotu trzeciego, co również wyłącza je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest także zastrzeżenie w ofercie Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązań podmiotów trzecich w zakresie udostępnienia zasobów, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy.

Powyższe twierdzenie Odwołującego potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 07.11.2011 r. (KIO 2260/11). Również zastrzeżenie w ofercie i uzupełnieniach do oferty *Wykazu osób* zdaniem Odwołującego nie zasługuje na ochronę, gdyż taki dokument nie spełnia wyżej opisanych przesłanek, ażeby uznać go za tajemnicę przedsiębiorstwa. Twierdzenie wykonawcy MGGP S.A., że ujawnienie *Wykazu osób* mogłoby narazić wykonawcę na szkodę „*poprzez możliwość przejęcia przez podmioty konkurencyjne osób, z którym współpracę nawiązał Wykonawca i którymi zamierza posługiwać się w trakcie wykonywania wskazanego wyżej zadania*” oraz twierdzenie wykonawcy Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o., że „*Odtajnienie zastrzeżonych przez nas informacji może spowodować próbę lub wywołać chęć przejęcia ww. osób do konkurencji*” nie może być przesłanką do utajnienia tych informacji, gdyż to na ww. wykonawcach spoczywa obowiązek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i to do nich należy ukształtowanie takiego stosunku prawnego z ww. osobami, który pozwoliłby na realizację zadania właśnie osobami wskazanymi w treści oferty. Ponadto, z wyjaśnień ww. wykonawców dot. informacji zastrzeżonych w ofercie wynika, iż osoby wskazane w ofercie nie są osobami udostępnionymi przez podmioty trzecie, a więc jeśli wierzyć oświadczeniom w treści ofert ww. wykonawcy osobami tymi dysponują, a więc istnieje już jakikolwiek stosunek pracy pomiędzy tymi podmiotami, a osobami wskazanymi w ofercie. Twierdzenie wykonawcy Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o., że: „*Odnosnie dokumentów pochodzących od Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. oraz ZUE S.A. podnosimy, że zostały one nam przekazane z zastrzeżeniem, że zostały one nam przekazane z zastrzeżeniem, że jest to tajemnica przedsiębiorstwa*” trzeba uznać za bezpodstawne, z uwagi na poniższe okoliczności: z wezwania Zamawiającego z dnia 05.04.2013 r. wynika, że Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. polegało na doświadczeniu firmy Biuro Projektów Komunikacyjnych z Poznania i w ofercie wykazało projekt FS 2004/PL/16/C/PA/006 „*Modernizacja linii kolejowej E 65 odcinek Warszawa - Gdynia obszar LCS Gdańsk*”. Ten sam projekt został również wskazany w treści oferty Biura Projektów Komunikacyjnych z Poznania w tym samym postępowaniu przetargowym, dla Części „B”. Informacja z banku wraz ze zobowiązaniem firmy ZUE S.A. do udostępnienia zdolności finansowej, także nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorcy, z uwagi na fakt iż firma ZUE S.A. jest na co dzień uczestnikiem innych postępowań przetargowych zorganizowanych przez tego samego Zamawiającego np. „*Modernizacja sieci trakcyjnej na odcinku Szeligi - Idzikowice w torze nr 1 i 2 linii kolejowej nr 4 (CMK) Grodzisk Mazowiecki-Zawiercie.*” i w swoich ofertach nie zastrzega ww. informacji. Należy także zauważyć, że Zamawiający po uzyskaniu uzupełnień do oferty od wykonawców, którzy zastrzegli ww. uzupełnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie dokonał badania, czy i te informacje

zasługują na objęcie tajemnicą przedsiębiorcy, a były to zupełnie inne informacje i inne dokumenty, niż te złożone w ofercie, co do których Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie podkreśla, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa to wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne i powinno być interpretowane ściśle. Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku przeprowadzenie indywidualnego badania. Ciężar udowodnienia, że wyłączenie jawności było skuteczne, spoczywa zaś na wykonawcy, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne. Nie można zgodzić się więc ze stanowiskiem, że to odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, powinien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń. W związku z powyższym, należy stwierdzić że Zamawiający, zarówno w stosunku do części oferty MGGP S.A. oraz wyjaśnień i uzupełnień do niej, oraz w stosunku do części oferty Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. oraz całości wyjaśnień i uzupełnień do niej - bezpodstawnie uznał zastrzeżone przez ww. Wykonawców informację jako tajemnicę przedsiębiorcy i tym samym naruszył art. 8 ustawy.

[4] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez MGGP SA w Tarnowie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia:

Zgodnie z punktem 8.4.1 SIWZ Zamawiający ustalił następujący warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia dla Części C zamówienia: *„Wymagane jest wykazanie przez wykonawcę wykonanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto, polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, z podaniem wartości, przedmiotu daty wykonania i odbiorcy.”* Wykonawca MGGP S.A. na potwierdzenie spełniania ww. warunku w swojej ofercie wykazał zamówienie pn.: *„Opracowania Projektu Budowlanego i Wykonawczego: Korytarz Północny - Północnozachodni Linii Szybkiej Kolei. Linia Szybkiej Kolei Madryt - Galicja. Odcinek: Lubian - Ourense. Pododcinek: Lubian - Vilavella.”* Wartość zamówienia została określona w uzupełnieniu do oferty na kwotę 11.410.808,13 PLN brutto. Z załączonych do oferty referencji podmiotu trzeciego tj. firmy Ingenieria Ayesa - Aguas y Estructuras, S.A. wynika, że w skład projektowanego odcinka wchodzi cztery Projekty Budowlano - Wykonawcze.tj.:

- 1) Projekt Budowlany i Wykonawczy: Korytarz Północny - Północnozachodni Linii Szybkiej Kolei. Linia Szybkiej Kolei Madryt - Galicja. Odcinek: Tunel La Canda - Vilavella., o całkowitej długości 3,76 km, który to projekt obejmował m.in.: 2 tunele, 3 wiadukty i 1 przejście pod linią kolejową, 20 nowych dróg, 2 wysypiska, oraz jedynie 5.386,645 metrów linii kolejowej.
- 2) Projekt Budowlany i Wykonawczy: Korytarz Północny - Północnozachodni Linii Szybkiej Kolei. Linia Szybkiej Kolei Madryt - Galicja. Odcinek: Lubian - Tunel La Canda, o całkowitej długości 3,23 km, który to projekt obejmował m.in.: 4 tunele, 4 wiadukty, 1 most, 6 tuneli łącznikowych, 31 nowych dróg, oraz jedynie 395,5 metrów linii kolejowej.
- 3) Projekt Budowlany i Wykonawczy: Korytarz Północny - Północnozachodni Linii Szybkiej Kolei. Linia Szybkiej Kolei Madryt - Galicja. Odcinek: Tunel La Canda. Tor Prawy, o całkowitej długości 7,20 km, który to projekt obejmował m.in.: 1 tunel, tor startowy, 18 tuneli łącznikowych, 2 tunele budowane metodą odkrywkową, mur oporowy, 1 drogę dojazdową, oraz jedynie 302 metry linii kolejowej.
- 4) *Projekt Budowlany i Wykonawczy: Korytarz Północny - Północnozachodni Linii Szybkiej Kolei. Linia Szybkiej Kolei Madryt - Galicja. Odcinek: Tunel La Canda. Tor Lewy, o całkowitej długości 7,21 km, który to projekt obejmował m.in.: 1 tunel i tor startowy, oraz ani jednego metra linii kolejowej.*

Sumując, wykonawca opracował dokumentację projektową na zaledwie 6,084 km linii kolejowej, reszta projektów budowlano-wykonawczych, zupełnie nie dotyczyła budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej - jak tego wymagał Zamawiający. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego opracowanie 6,084 km linii kolejowej stanowi niewielki procent całości zamówienia wykazanego przez MGGP S.A. w załączniku nr 5 do IDW, zatem jego wartość nie może wynosić 410.808,13 PLN brutto, jak wykazał to wykonawca, a jest to wartość o wiele mniejsza niż żądana przez Zamawiającego w SIWZ tj. wartość dużo mniejsza niż 10.000.000,00 PLN brutto, wobec czego wykonawca MGGP S.A. nie spełnia warunku określonego w punkcie 8.4.1 SIWZ i tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4) Ustawy. Potencjalny wykonawca wybrany przez Zamawiającego dla Części C zamówienia będzie musiał opracować dokumentację projektową dla odcinka o długości ponad 68 km, dlatego niezrozumiałe jest określanie przez Zamawiającego warunku doświadczenia jedynie przez pryzmat wartości zamówienia, zupełnie pomijając długość projektowanej linii.

[5] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej:

Zamawiający zgodnie z zapisami ustawy nie dopuścił możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich w zakresie zdolności ekonomicznej. Zakaz taki potwierdza również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w swoich wyrokach z dnia 23.02.2011 r. (KIO 269/11) oraz z dnia 27.08.2010 r. (KIO 1754/10).

Wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunku określonego w punkcie 8.4.3 lit. a) SIWZ do oferty dołączył opinie biegłego rewidenta dotyczące sprawozdania finansowego spółki ZUE S.A., a więc podmiotu trzeciego, nie będącego członkiem konsorcjum wykonawcy Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. W związku z powyższym, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. nie spełnia warunku określonego w punkcie 8.4.3 SIWZ, i tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4) Ustawy.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawcy Sudop Praha a.s. w Pradze oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu braku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na dalszy okres, kiedy wykonawca zabezpieczył ofertę wadium:

Zasługuje na podzielenie argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą bezpodstawną była decyzja Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Zamawiający podał: „Wykonawca, w odpowiedzi na wystąpienie Zamawiającego, w dniu 08 lutego 2013 r. przesłał pismo w którym wyraził zgodę na przedłużenie o 60 dni okresu związania ofertą, który mijał w dniu 11 lutego 2013 r., jednocześnie informując, że okres ważności wadium zostanie przedłużony nowym aneksem gwarancji bankowej o wymagany termin 60 dni. W dniu 14 lutego 2013 r. Zamawiający otrzymał aneks gwarancji ubezpieczeniowej wydłużający ważność do 30 kwietnia 2013 r. **TYM SAMYM WYKONAWCA W DNIU DOKONANIA STOSOWNEGO PRZEDŁUŻENIA OKRESU ZWIĄZANIA OFERTA NIE ZABEZPIECZYŁ OFERTY WADIUM NA CAŁY OKRES PRZEDŁUŻONEGO ZWIĄZANIA OFERTA.**

*Ponadto, Wykonawca **SAMODZIELNIE NIE PRZEDŁUŻYŁ OKRESU ZWIĄZANIA OFERTA,** który minął w dniu 12 kwietnia 2013 r., jednocześnie **NIE PRZEDŁUŻYŁ OKRESU WAŻNOŚCI WADIUM** albo, jeśli nie było to możliwe, nie wniósł nowego wadium.”*

W zakresie podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazującej na niezachowanie jednoczesności przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium na dalszy okres – aktualność zachowują rozważania dotyczące podstaw wykluczenia wykonawcy Biuro Projektów Komunikacyjnych sp. z o.o. w Poznaniu.

W odniesieniu do drugiego powodu, który przyświecał Zamawianemu w zakresie wykluczenia Odwołującego, to jest braku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres po 12 kwietnia 2013 r., uznano, że powyższe także nie może być podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podzielono w powyższym zakresie pogląd, jaki jest wyrażany w orzecznictwie oraz doktrynie, że upływ terminu związania ofertą bez jego wyraźnego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty lub o tym, że nie mamy już do czynienia z ofertą, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (w takiej sytuacji wykonawca staje się uprawniony jedynie do zawarcia umowy). W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo że wykonawca powinien w takiej sytuacji zostać wykluczony. Ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne. Wyraz takiego stanowiska dawała Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 7 stycznia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1581/09), gdzie stwierdzono, iż „*art. 94 ust. 1 ustawy, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym przekroczenie tego terminu nie może być ocenione, jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy*” oraz z dnia 10 października 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1261/09): „*art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór, jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji, zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy przy tym wskazać, że oferta Przystępującego mimo upływu terminu związania ofertą, jest zabezpieczona wadium, co stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy przez wykonawcę*”. W uzasadnieniu wyroku z 15 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1070/10 podkreślono, iż „*(...) Ustawa w brzmieniu obowiązującym, w tym również jej art. 94 ust. 1, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 Pzp nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą oraz biorąc pod uwagę fakt, iż podstawowym celem postępowania jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a Odwołujący wyraził wolę zawarcia umowy m.in. składając odpowiednie oświadczenie w tym zakresie na rozprawie a także przedłużając okres związania ofertą oraz przedłużając okres ważności wadium*.” Pogląd dopuszczający zawarcie umowy z wykonawcą, mimo upływu terminu związania ofertą wyrażają także uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 655/13 a także uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie KIO/KD 44/11, a także z dnia 2 listopada 2012 r. w sprawie KIO/KD 85/12, dotyczące zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wobec informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Podzielając powyższe poglądy, uznano, że brak wyraźnego oświadczenia Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą, w okolicznościach gdy wykonawca posiadał ważne wadium i wykazywał zainteresowanie dalszym udziałem w postępowaniu, nie skutkuje automatycznie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Podzielono zatem, co do zasady, argumentację zawartą w powyższym zakresie w odwołaniu, co jednak nie mogło skutkować jego uwzględnieniem, z uwagi na niepotwierdzenie dalszych zarzutów, kierowanych wobec

ofert złożonych przez innych wykonawców (art. 192 ust. 2 ustawy).

[2] w zakresie zarzutów dotyczących podstaw do wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny:

Na wstępie dostrzeżenia wymaga artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Nie można także - co przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”). Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia.

Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”*. (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08, wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09), że: *„Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub*

wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 („Transporoute”) i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo”). Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (118 080 000,00 zł), nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert dwóch wskazywanych wykonawców, w tym wezwać ich na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego – ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest - z perspektywy wykonawcy - konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie ustalenia wartości przedmiotu zamówienia miała miejsce modyfikacja jego zakresu z pierwotnego obszaru zamówienia - zrezygnowano z części dotyczącej sterowania ruchem kolejowym (SRK), telekomunikacji, RTMS (elektroniczny system nadzoru zarządzania ruchem), co potwierdza wniosek, że wartość szacunkowa zamówienia nie jest w żaden sposób miarodajną dla oceny cen zaoferowanych w postępowaniu. Nie ma przy tym żadnego znaczenia dla oceny zarzutu wskazującego na obowiązek wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy) okoliczność, czy Zamawiający zaktualizował wartość zamówienia. Istotne jest, ceny złożonych w postępowaniu ofert mają charakter realnych, pozwalających za nie wykonać zamówienie. Powyższe powinno odnosić się nie tyle do wartości szacunkowej, co do cen oferowanych na rynku.

Po drugie, lektura dokumentów postępowania, w zakresie części C zamówienia (ale także w zakresie pozostałych części zamówienia), następnie analiza cen ofert złożonych w postępowaniu, obejmująca wszystkie oferty złożone w części C, także te złożone przez wykonawców wykluczonych, pozwala na spostrzeżenie, że rozpiętość cen ofert złożonych w postępowaniu dla części C jest relatywnie duża:

- MGGP SA w Tarnowie - 30 553 200,00 zł,

- Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie - 32 226 000,00 zł;

– wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Arcadis sp. z o.o. w Warszawie oraz Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. w Łodzi - 38 130 000,00 zł;

- Metroprojekt Praha a.s. w Pradze - 47 847 000,00 zł;

- Sudop Praha a.s w Pradze - 92 250 000,00 zł.

Niemniej, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby ceny wykonawców MGGP SA w Tarnowie oraz Biura Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie były zaniżone. Ceny większości wykonawców są na zbliżonym poziomie, to raczej cena oferty Odwołującego znacząco odbiega in plus od średniego poziomu cen.

Nie sposób przy tym pomijać okoliczności, że w sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia o charakterze usługowym, w którym znaczącą, jeśli nie przeważającą część kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi koszt pracy ludzkiej. Realizacja przedmiotu zamówienia nie wymaga więc ponoszenia stałych kosztów, dla wszystkich wykonawców posiadających zbliżoną wysokość, związanych przykładowo z nabyciem środków produkcji, materiałów czy zakupem licencji. Koszt pracy człowieka zależy w relatywnie dużym stopniu od wykonawcy, przykładowo od rodzaju relacji łączących wykonawcę z pracownikami, usługodawcami, łatwiej też tutaj o większą swobodę w ustaleniu zróżnicowanych stawek wynagrodzenia. Koszt ten w znacznej mierze może więc być poddany optymalizacji, przez takie czy inne rozwiązania o charakterze organizacyjnym. Stąd zastrzeżenia Odwołującego, oparte jedynie na porównaniu cen ofert wykonawców z wartością szacunkową, a także z wartością oferty Odwołującego, nie odnoszące się w żadnej mierze, choćby pośrednio, do ponoszonych kosztów związanych z realizacją zamówienia, zdają się być podniesionymi w oparciu o przypuszczenia Odwołującego, które

jednak nie tylko nie zostały wykazane, ale nawet uprawdopodobnione. Ogólne odwoływanie się do doświadczenia i wiedzy Odwołującego, które mają wskazywać, że ceny tych wykonawców są cenami niewiarygodnymi i nierealistycznymi i że wybór któregośkolwiek z ww. wykonawców grozi niewykonaniem zamówienia w przyszłości, a na pewno jego nienależytym wykonaniem przez wykonawców, nie jest wystarczające dla stwierdzenia wątpliwości, skutkujących koniecznością wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy).

Argumentacja, że brak wyjaśnień wykonawców MGGP SA w Tarnowie oraz Biura Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie powoduje, że Odwołujący nie jest w posiadaniu informacji dotyczących oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia czy oryginalności projektu, a więc wszystkich tych informacji, które Zamawiający uzyskałby gdyby skorzystał z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, także nie przekonuje o obowiązku skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji powołanego przepisu. Wskazywane okoliczności (oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia czy oryginalność projektu) stanowią kryteria dokonywanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień składanych przez wykonawcę i do zamawiającego są adresowane.

Powyższe przemawiało za uznaniem, że w analizowanej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny w ofertach MGGP SA w Tarnowie oraz Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie i kierowania do tych wykonawców wezwania do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozpiętość cen w złożonych w postępowaniu ofertach oraz okoliczność, że tylko cena Odwołującego istotnie odbiega in plus od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu nie przekonuje o potrzebie zastosowania regulacji zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani tym bardziej nie pozwala na odrzucenie ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[3] w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego uznania za prawidłowo zastrzeżone informacji, nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa:

Odwołujący wykazywał, że następujące dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa:
- w ofercie MGGP SA w Tarnowie: *Wykaz osób* (str. 98 - 127 oferty) oraz uzupełnienie do oferty z dnia 11.04.2013 r. w zakresie *Wykazu osób*;

- w ofercie Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie: Załącznik nr 5 do oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie oraz zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia; informacja z banku wraz z zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia zdolności finansowej, *Wykaz osób* stanowiący Załącznik nr 4 do oferty; całość wyjaśnień i uzupełnień na wezwania Zamawiającego z dnia 19.03.2013 r. i 05.04.2013 r. w zakresie *Wykazu osób*, zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji osoby zdolnej do wykonania przedmiotu zamówienia oraz w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając wskazany zarzut w zakresie odnoszącym się do zawartości ofert, uznała, że został on podniesiony po upływie terminu na kwestionowanie zasadności zastrzeżenia informacji dokonanego przez wykonawców. Zgodnie z art. 189 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy, Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi na posiedzeniu jedną z okoliczności, wymienionych w pkt 1 – 7 tego przepisu. Wskazane w tym artykule okoliczności stanowią bowiem negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do jego meritum i tym samym ich zaistnienie rodzi konieczność wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące zaniechania ujawnienia informacji zawartych w ofertach oraz ich uzupełnieniach - w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały wniesione po upływie terminu wskazanego w tym przepisie. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu – takich jak zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności – braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zachowując należyta staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź, o ile jest to uzasadnione

okolicznościami – w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty (ofert).

W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 14 grudnia 2012 r., albowiem w tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie i złożenie ofert, mogli zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z oceną przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy liczy się również od daty - przy zachowaniu należytej staranności - możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę.

Odwołujący, w dniu 27 grudnia 2012 r. złożył wniosek o wgląd do ofert złożonych w postępowaniu w części A i C, proponując termin zapoznania się z dokumentacją 28 grudnia 2012 r. godz. 8.00. W odpowiedzi, Zamawiający zaproponował termin 2 stycznia 2013 r. godz. 9.00.

Zatem wykonawca, któremu Zamawiający udostępnił oferty wykonawców konkurencyjnych, mógł i powinien niezwłocznie sygnalizować bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego za objęte tajemnicą określonych informacji – a w razie nieudostępnienia pełnej dokumentacji i uzyskania wiedzy, że Zamawiający jest jeszcze w trakcie badania tego zastrzeżenia – kwestionować tę czynność lub zaniechanie, gdy Zamawiający dokona oceny zasadności zastrzeżenia informacji.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający w dacie 27 lutego 2013 r. zwrócił się do MGGP SA w Tarnowie o wyjaśnienie podstaw zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób, poinformował także w tej samej dacie Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie o odtajnieniu dokumentów wchodzących w skład tej oferty stanowiących *Wykaz prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat* wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi wykonano należycie oraz zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia a także informację z banku wraz z zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia zdolności finansowej, wzywając zarazem do wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia informacji zawartych w *Wykazie osób* – w terminie do dnia 5 marca 2013 r. do godz. 14.00.

W odpowiedzi wykonawca MGGP SA w Tarnowie pismem z 1 marca 2013 r. wyjaśnił zakwalifikowanie w złożonym w ofercie *Wykazie osób* informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie, wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o.

w Krakowie, 4 marca 2013 r. uzasadnił potraktowanie informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Analogiczne pisma Zamawiający wystosował do tych wykonawców, którzy dokonali zastrzeżenia informacji w swoich ofertach, wyznaczając jednolity termin na wyjaśnienie podstaw tego zastrzeżenia albo wyrażenie sprzeciwu co do zamiaru odtajnienia informacji – którym był dzień 5 marca 2013 r. godz. 14.00.

Zatem, najpóźniej w dniu 5 marca 2013 r. poszczególni wykonawcy uzasadnili objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach. Nie sposób tu pomijać, że pisma Zamawiającego kierowane do niektórych wykonawców odnoszące się do kwestii uzasadnienia potraktowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, już w swej treści zawierały, wprawdzie warunkową, ale wyraźną ocenę zasadności zastrzeżenia informacji (przykładowo pisma do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego E=R=G Polska sp. z o.o. w Poznaniu i Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy ATE sp. z o.o. w Zbąszyniu; URS Polska sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IDOM Ingenieria y Consultoria SA w Bilbao i Idom Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu, Biuro Projektów Komunikacyjnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie). W pismach tych Zamawiający podał, że „W dniu 5 marca 2013 r. od godz. 14.00 Zamawiający dokona odtajnienia następującego dokumentu wchodzącego w skład Państwa oferty (...). Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu po analizie treści zastrzeżonego dokumentu. Analiza ta wykazała, że zakres informacji zawarty w dokumencie nie zawiera informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorcy. W przypadku, gdy Wykonawca stwierdzi, że Zamawiający nie powinien dokonywać odtajnienia wspomnianego dokumentu prosimy w nieprzekraczalnym terminie do dnia 5 marca 2013 r. do godz. 14.00 o udzielenie wyjaśnień zawierających szczegółowe uzasadnienie takiego działania oraz jakie działania zostały podjęte przez Państwo w celu zachowania poufności zastrzeżonego dokumentu.”

Z powyższego wynika jednoznacznie, że zgodnie z dyspozycją wyartykułowaną w pismach kierowanych do wykonawców w przedmiocie zastrzeżenia w ich ofertach poszczególnych informacji, dzień 5 marca 2013. godz. 14.00 był terminem, w jakim miało nastąpić definitywne przesądzenie o zasadności lub nie zastrzeżenia informacji w ofertach wykonawców. Nie pozostawia bowiem wątpliwości rygor postawiony w przedmiotowych pismach: Zamawiający z jednej strony wyraźnie przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do tych dokumentów, którym samodzielnie, w toku analizy ofert odmówił waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawiając zarazem wykonawcy do dnia 5 marca 2013 r. do godz. 14.00 „ostatnie słowo” co do wypowiedzenia się w zakresie odtajnienia przez

Zamawiającego informacji. Zatem ten termin, jednoznacznie określony w postępowaniu stanowił moment, w którym Zamawiający dokonał definitywnej oceny zasadności zastrzeżenia informacji w ofertach wykonawców. Po tym dniu zatem, wykonawcy, nie zgadzając się z uznaniem za poprawnie uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w ofertach, mogli – w ciągu dziesięciu dni, o których stanowi przepis 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – kwestionować tę ocenę Zamawiającego. Wyartykułowane w złożonym w dniu 30 kwietnia 2013 r. odwołaniu zarzuty w odniesieniu do powyższej czynności, należy uznać za spóźnione. Rzeczą danego wykonawcy, działającego z należytą – z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie publiczne – starannością, jest podejmowanie czynności realizujących interes we właściwym, wyznaczonym przez przepisy terminie. W analizowanej sprawie, termin ten upływał z momentem czytelnego wyartykułowania przez Zamawiającego stosunku do dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń informacji i wypowiedzenia się przez tych wykonawców wobec zapowiedzi odtajnienia informacji, co nastąpiło w dniu odpowiedzi wezwanych wykonawców na wezwanie Zamawiającego, a najpóźniej w terminie wyznaczonym na ich udzielenie, to jest 5 marca 2013 o godz. 14.00.

Odwołujący podniósł także zarzuty w odniesieniu do uzupełnienia oferty MGGP SA w Tarnowie oferty z dnia 11.04.2013 r. w zakresie *Wykazu osób* a także w ofercie Biura Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie wyjaśnień i uzupełnień na wezwania Zamawiającego z dnia 19.03.2013 r. i 05.04.2013 r. w zakresie *Wykazu osób*, zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji osoby zdolnej do wykonania przedmiotu zamówienia oraz w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia. W powyższym zakresie uznano, że jakkolwiek Zamawiający nie prowadził odrębnej procedury wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia informacji zawartych w tych dokumentach, to zbadanie zastrzeżenia informacji zawartych w ofertach i składających się na nie dokumentów (opisane wyżej pisma Zamawiającego z 27 lutego 2013 r. kierowane do wykonawców) obejmuje także informacje ujęte w ramach wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, skoro wiążą się one z dokumentami podstawowymi, zawartymi w ofertach. Z tego względu zarzut w tej mierze podlegał oddaleniu.

[4] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez MGGP SA w Tarnowie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający, dla części C zamówienia, postawił w pkt 8.4.1 SIWZ, następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie w zakresie wiedzy i doświadczenia: „*Wymagane jest*

wykazanie przez wykonawcę wykonanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto, polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, z podaniem wartości, przedmiotu daty wykonania i odbiorcy."

Wykonawca MGGP S.A. na potwierdzenie spełniania wykazał zadanie: *„Opracowania Projektu Budowlanego i Wykonawczego: Korytarz Północny - Północnozachodni Linii Szybkiej Kolei. Linia Szybkiej Kolei Madryt - Galicja. Odcinek: Lubian - Ourense. Pododcinek: Lubian - Vilavella.“*

Wartość tego zadania została określona na kwotę 11.410.808,13 PLN brutto.

Odwołujący kwestionuje wykazanie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, argumentując, że po zsumowaniu długości linii kolejowej w ramach kilku zadań, jakie składają się na wykazywane przedsięwzięcie, jawi się wniosek że MGGP SA w Tarnowie wykazał się doświadczeniem w opracowaniu dokumentacji projektowej na zaledwie 6,084 km linii kolejowej, reszta projektów budowlano-wykonawczych, nie dotyczyła budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej - jak tego wymagał Zamawiający. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego opracowanie 6,084 km linii kolejowej stanowi niewielki procent całości zamówienia wykazanego przez MGGP S.A. w załączniku nr 5 do IDW, zatem jego wartość nie może wynosić 410.808,13 PLN brutto, przy wymaganiu Zamawiającego wykazania się doświadczeniem na kwotę 10.000.000,00 PLN brutto.

Poddając analizie tak wyartykułowany zarzut, a także literalne brzmienie postawionego w sprawie warunku, podkreślenia wymaga, że w świetle przytoczonego wyżej brzmienia SIWZ, Zamawiający postawił akcent na opracowanie odpowiednich dokumentacji, dla których nie wyartykułował jakichkolwiek oczekiwań co do długości linii będącej przedmiotem opracowania, zaś miarą zakresu wykazywanego zadania uczynił wartość usługi. Zamawiający w sposób relatywnie ogólny określił zakres tej usługi, nie wskazując w jakim zakresie, długości ma ona obejmować linię kolejową zelektryfikowaną, wymagając jedynie, by usługa opracowania dokumentacji dotyczyła budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej o konkretnej wartości. W tych okolicznościach powyższy zarzut zdaje się być stawiany w oparciu o przyjętą przez Odwołującego interpretację wymagania, która jednak nie znajduje podstaw w treści SIWZ. Stąd zarzut

niewykazania przez MGGP SA w Tarnowie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto, stwierdzenie zawarte w odwołaniu, zgodnie z którym *potencjalny wykonawca wybrany przez Zamawiającego dla Części C zamówienia będzie musiał opracować dokumentację projektową dla odcinka o długości ponad 68 km, dlatego niezrozumiałe jest określanie przez Zamawiającego warunku doświadczenia jedynie przez pryzmat wartości zamówienia, zupełnie pomijając długość projektowanej linii*, stanowi w istocie polemikę z brzmieniem SIWZ, która na obecnym etapie została definitywnie ukształtowana, wiązała wykonawców na etapie składania ofert i Zamawiającego – w ramach ich oceny. Rozważanie zatem zasadności czy celowości opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez pryzmat jedynie wartości zadania, a nie długości linii kolejowych zelektryfikowanych – jak chciałby Odwołujący – na obecnym etapie jest spóźnione i niedopuszczalne. Analizie podlega zatem wykazywane zadanie w zakresie, w jakim wpisuje się ono lub nie w stawiane wymaganie zgodnie z brzmieniem SIWZ. Powyższe okoliczności czyniły przemawiały za uznaniem postawionego zarzutu za bezpodstawny.

[5] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej:

Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny, istota sporu sprowadza się do interpretacji przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. Zamawiający w powyższym zakresie podtrzymywał swoje stanowisko co do uznania za spełniony stawianego warunku udziału w postępowaniu, nie podając na tę okoliczność jakiegokolwiek argumentacji: na rozprawie oświadczył w sposób ogólny, że nie zgadza się z zarzutem postawionym w zakresie zdolności finansowej, a także że zdolność finansową tego wykonawcy przyjęto zgodnie z wytycznymi dyrektywy, która dopuszcza taką możliwość.

W analizowanej sprawie, Zamawiający skonkretyzował dla części C zamówienia, następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej (pkt 8.4.2 SIWZ, str. 20):

„wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia tj.:

- a) *posiada w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 18.000.000,00 PLN (...)*
- b) *posiada środki finansowe lub zdolność kredytową – w wysokości nie mniejszej niż 4.000.000,00 PLN”.*

W punkcie 9.1.5 SIWZ (str. 24) Zamawiający w opisał wymagane dokumenty, jakie wykonawca powinien złożyć na potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej, to jest m. in.: *„część sprawozdania finansowego tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym rachunku, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”.* Zamawiający podał, że wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego w tym zakresie, powinien złożyć do oferty *„pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (zdolność finansowa) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. (...)”* (pkt 9.1.5 ppkt c SIWZ). Zamawiający te wymagania opatrzył dodatkowo dwoma uwagami, o treści: *„Uwaga I: pisemne zobowiązania innych podmiotów jest obowiązany zawrzeć w swojej ofercie ten Wykonawca, który polega na zdolnościach finansowych tych podmiotów. Uwaga II: W przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, Wykonawca oprócz pisemnego zobowiązania winien jest złożyć dokument zawierający informację o której mowa w pkt 9.1.5 lit b) dotyczący tych podmiotów”*

Wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie posłużył się w celu wykazania wymaganej przez Zamawiającego zdolności ekonomicznej sprawozdaniem finansowym zbadanym przez biegłego rewidenta dotyczącym podmiotu trzeciego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny sprawy, podkreślenia na wstępie wymaga, że z treści SIWZ zdaje się (choć niekonsekwentnie) wynikać, że Zamawiający dopuścił możliwość korzystania z potencjału podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie zdolności finansowej (rozumianej jako stan środków na koncie, zdolność kredytowa). Wniosek taki płynie z brzmienia uwagi I do tego wymagania, a także z wymagania złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w razie polegania na potencjale tych podmiotów, co zostało odniesione do zdolności finansowej, choć nie sposób tracić z pola widzenia także Uwagi II do tego wymagania, w której Zamawiający, niekonsekwentnie, mówi

o obowiązku złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w sytuacji gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów.

Niezależnie od tego, dostrzeżenia wymagają regulacje obowiązujące w powyższym zakresie: przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego spośród wymienionych w art. 22 ust. 2 pkt 1-4 ustawy zasobów, w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów, to jest z wyłączeniem zdolności ekonomicznej oraz uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Dorobkiem orzecznictwa jest spostrzeżenie, że takie dopuszczenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego z wyłączeniem zdolności ekonomicznej nie odpowiada treści Dyrektywy, w wyniku wdrożenia której wprowadzono przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na powyższe zwróciła Krajowa izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lutego 2011 r. w spr. KIO 269/11, wskazując w uzasadnieniu, iż „Kwalifikacja ta (kwalifikacja wykonawców) powinna nastąpić zgodnie z regulacją prawa krajowego – jednak na skutek implementacji dyrektywy - z uwzględnieniem art. 47 „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” dyrektywy 2004/18/WE, który to przepis wskazuje z wykorzystaniem jakich dokumentów należy jej dokonać, a mianowicie „według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów a) odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, b) bilans lub wyciągi z bilansów (...), c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie (...)” (art. 47 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE), a co równocześnie oznacza, że dokumenty w nim wymienione, a więc dokładnie te same dokumenty, mogą być składane zarówno na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej wykonawcy. Dyrektywa jednocześnie nie ogranicza możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich do jednej ze zdolności, a więc sytuacji ekonomicznej lub sytuacji finansowej, ale odnosząc się jednoznacznie do „sytuacji ekonomicznej i finansowej”, dopuszcza posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych sytuacji (zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej). Art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE przewiduje bowiem możliwość powołania się przez wykonawcę zarówno na zdolność ekonomiczną, jak i zdolność finansową innych podmiotów, uzależniając powyższe jedynie od zaistnienia „(...) w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia”, tym samym nie różnicując sytuacji ekonomicznej i finansowej.”.

Dokonanie interpretacji przepisu w duchu pronijnym, na co powoływał się Zamawiający, nie oznacza jednak przyzwolenia na bezkrytyczne, w każdej sytuacji, gdy tylko wykonawca złoży zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiedniego zasobu (w analizowanej sprawie: zdolności ekonomicznej wyrażającej się w osiągnięciu średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie co najmniej 18.000.000,00 zł, wynikającej ze zbadanych przez biegłego rewidenta rachunków zysków i strat), obowiązku uznania za wykazany stawianego warunku udziału w postępowaniu. Przepisy wskazanej Dyrektywy ograniczają możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego do „stosownych sytuacji”. Zgodnie z regulacją zawartą w dyrektywie klasycznej, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Natomiast na gruncie art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Pośrednio, pewną wytyczną, jak rozumieć owe „stosowne sytuacje” może być brzmienie Dyrektywy klasycznej, w części traktującej o możliwości uczynienia w ramach porządków krajowych oficjalnych wykazów wykonawców: *„Niniejsza dyrektywa pozwala Państwom Członkowskim na ustanowienie oficjalnego wykazu przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców, lub też systemu certyfikacji przez instytucje publiczne lub prywatne oraz wpływu takiego wpisu lub certyfikatu na procedurę udzielania zamówień w innym Państwie Członkowskim. W odniesieniu do oficjalnych wykazów zatwierdzonych wykonawców istotne staje się uwzględnienie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, w przypadkach gdy wykonawca należący do grupy powołuje się na ekonomiczne, finansowe lub techniczne kwalifikacje pozostałych przedsiębiorstw należących do grupy na poparcie swojego wniosku o rejestrację. W tym przypadku zadaniem takiego wykonawcy jest udowodnienie, że wspomniane przez niego zasoby będą dla niego faktycznie dostępne przez cały okres ważności wpisu rejestracyjnego. Do celów takiej rejestracji Państwa Członkowskie mogą zatem określić poziom wymagań, które powinny zostać spełnione w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca powołuje się na sytuację finansową innego przedsiębiorstwa należącego do grupy, państwo to może wymagać, aby przedsiębiorstwo*

takie solidarnie ponosiło odpowiedzialność, jeśli okaże się to konieczne.” (pkt 45). Obejmują one zatem różnego rodzaju powiązania kapitałowe pomiędzy podmiotami, funkcjonowanie w ramach pewnego organizmu gospodarczego, w warunkach określonej więzi, która pozwala na uznanie, że wykonawca nie posiadając samodzielnie pewnych walorów, może się nimi posługiwać, jeśli należą do podmiotu trzeciego; gdy przekazane zasoby będą dla niego faktycznie dostępne. Zauważenia wymaga, że Dyrektywa w takiej sytuacji nawiązuje również do możliwości wymagania odpowiedzialności solidarnej takich podmiotów. Wymowa wskazanych przepisów jest zatem jednoznaczna – należy dopuścić posilkowanie się zasobami podmiotów trzecich, jeśli ma ono charakter realnego, dającego podstawy do uznania, że jakkolwiek wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne samodzielnie nie spełnia danego warunku udziału w postępowaniu, to na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał.

Wobec powyższego, nie można uznać, że w świetle Dyrektywy istnieje obowiązek niczym nieograniczonego, oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku, dopuszczenia powołania się na zdolności innego podmiotu, bez uwzględnienia, czy przekazanie dysponowania zdolnością ekonomiczną jest w danym przypadku realne i będzie w praktyce możliwe. Przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do ukształtowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału, dając możliwość udziału w postępowaniu takim wykonawcom, którzy nie spełniają wymogów zamawiającego i nie uzyskali realnego wsparcia od podmiotu trzeciego, a jedynie składają należący do tego podmiotu dokument oraz oświadczenie, o którym nie wiadomo, jak w praktyce mogłoby zostać zrealizowane. Wykonawca posługujący się zobowiązaniem podmiotu trzeciego nie wykazał, by istniało takie powiązanie kapitałowe czy organizacyjne pomiędzy nim a podmiotem udostępniającym, albo przewidziany udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, które by pozwalały na uznanie, że wykonawca dysponuje zdolnością ekonomiczną podmiotu trzeciego jak własną. Z samego faktu pozostawania w grupie kapitałowej, wynika jedynie tyle, że podmioty pozostają w pewnym związku, nie oznacza to jednak jeszcze relacji pozwalającej na posługiwanie się zasobami – generalnie przecież nieprzenaszalnymi i przypisanymi do danego podmiotu jakimi są mierniki ekonomiczne. w myśl art. 26 ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych, to wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Dokumentacja rachunkowa prowadzona jest – zgodnie z właściwymi przepisami o rachunkowości – dla każdego

podmiotu z osobna, zaś ewentualne rozważanie skonsolidowanego sprawozdania finansowego ma znaczenie wyłącznie z perspektywy właścicieli grupy, nie może jednak być przypisywane członkom grupy z osobna.

Na gruncie analizowanej sprawy trudno uznać za taką stosowną sytuację, o której mówi przywołana wyżej Dyrektywa, korzystanie z potencjału w postaci zdolności ekonomicznej (określonej wysokości średnich rocznych przychodów netto ze sprzedaży) podmiotu trzeciego, gdy nie sposób się dopatrzeć takiej roli tego podmiotu, która by pozwalała na uznanie, że ten udostępniony walor w jakiegokolwiek mierze zmaterializuje się po stronie wykonawcy, który posłużył się spornym walorem podmiotu trzeciego.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu powinno być realne, przekładające się na sytuację wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Warunek w zakresie zdolności ekonomicznej służy przekonaniu zamawiającego, że wykonawca – na podstawie danych historycznych wynikających z jego dokumentacji rachunkowej, której reasumpcją jest sprawozdanie finansowe, w tym wchodzący w jego skład rachunek zysków i strat posiada kondycję finansową pozwalającą na sprawne, niezakłócone finansowanie realizacji zadania objętego przedmiotem zamówienia. Trudno mówić o takim realnym uzyskaniu tego zasobu, czy też „stosownej sytuacji”, o której traktuje przywołana Dyrektywa, gdy nie sposób uchwycić roli podmiotu trzeciego w zapewnieniu odpowiedniej kondycji finansowej wykonawcy (choćby jako gwarant jego wypłacalności). Nie sposób dopatrzeć się, przy najbardziej życzliwej interpretacji analizowanego stanu faktycznego, takich okoliczności, które by pozwalały na uznanie, że wykonawca, posługując się wartościami z zasady nieprzenaszalnymi i przypisanymi do danego podmiotu, jakimi są wartości i wskaźniki osiągnięte w ramach prowadzonej działalności a wyrażone w sprawozdaniu finansowym, na podstawie złożonego zobowiązania wyrażającego w sposób ogólny bliżej nieokreśloną relację między podmiotami, której przedmiotem jest udostępnienie wynikającego z rachunku zysków i strat jednego z mierników kondycji finansowej, mógł się nimi posłużyć.

Powyższe determinowało uznanie, że stawiany w powyższej mierze zarzut znalazł potwierdzenie – ocenę, że wykonawca Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu należy uznać za przedwczesną. Powyższe nie mogło jednak skutkować uwzględnieniem odwołania, skoro to – po myśli art. 192 ust. 2 ustawy – wymaga wpływu na wynik postępowania, podczas gdy jakiegokolwiek czynności wobec oferty oraz dokumentów złożonych przez Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. w Krakowie pozostają neutralne dla wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest złożonej przez MGGP SA w Tarnowie, a także dla sytuacji

Odwołującego, wyrażającej się możliwością uznania oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

VI. ROZSTRZYGNĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIELAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO KV PROJEKTY INŻYNIERYJNE I ARCHITEKTONICZNE SP. Z O.O. W WARSZAWIE ORAZ KV CONSULTORES DE INGENIERIA PROYECTOS Y OBRAS S.L. W MADRYCIE (spr. o sygn. KIO 1050/13):

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części B na czynności Zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym i wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o. a także zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz zaniechania poprawienia, na podstawie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy, oferty Odwołującego w zakresie oznaczenia osoby w pisemnym zobowiązaniu do oddania do dyspozycji osoby na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska, w sytuacji rozbieżności oświadczenia Odwołującego zawartego w treści pisma z dnia 26 marca 2013 r. z załączonym do tegoż pisma dokumentem zobowiązania, a także wskazania przez Odwołującego w piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 r. na zaistnienie oczywistej omyłki w oznaczeniu tej osoby i wykazania rzeczywistej treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującego osoby, wskazanej w wykazie osób załączonym do oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy i wykluczeniem Odwołującego z postępowania, mimo że spełniał warunki udziału w postępowaniu;

2. art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości co do dysponowania osobą na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska w sytuacji gdy z oświadczeń i z dokumentów złożonych przez Odwołującego w postępowaniu wynikały sprzeczne informacje w tym zakresie;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy oraz art. 84 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, polegające na uznaniu, że Odwołujący nie wykazał spełnienia

warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu;

4. jako zarzut ewentualny naruszenie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że poprawienie oferty Odwołującego było możliwe w sposób niepowodujący istotnych zmian w treści oferty oraz pomimo, że ustawodawca przewidział możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz możliwość poprawienia w treści oferty omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sytuacji wskazania przez Odwołującego na zaistnienie oczywistej omyłki w oznaczeniu osoby w pisemnym zobowiązaniu do oddania do dyspozycji Odwołującemu osoby na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska w stosunku do wykazu osób załączonego do oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z w/w postępowania;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego z uwzględnieniem dokumentów/dowodów złożonych przez Odwołującego;
- 4) ewentualnie - poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy omyłki w treści oferty Odwołującego w zakresie dysponowania odpowiednią osobą na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska;

Odwołujący podniósł następującą argumentację, kwestionującą decyzję o wykluczeniu z postępowania:

W piśmie z dnia 24 kwietnia 2013r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach badania i oceny ofert, wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania dotyczącego Części B zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z uwagi na nie wykazanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania Specjalistą ds. ochrony środowiska. Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2013r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, w tym między innymi do złożenia pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dla osoby na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska (pkt 10 pisma Zamawiającego z dnia 19.03.2013 r.) Ponieważ wezwanie Zamawiającego z dnia 19 marca 2013 r. wystosowane w ogólnie powołanym trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy dotyczyło wymienionych zbiorczo wielu dokumentów podlegających uzupełnieniu, a Odwołujący nie złożył wcześniej dokumentu

pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji osoby zdolnej do wykonania zamówienia na okres korzystania z tej osoby przy wykonywaniu zamówienia na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska, należy uznać, że wezwanie Zamawiającego do złożenia w/w zobowiązania zostało wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wraz z pismem z dnia 26 marca 2013r. załączył pisemne zobowiązanie do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia na okres korzystania z tej osoby przy wykonywaniu zamówienia proponowanej na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska, jednakże w oświadczeniu tym omyłkowo pojawiło się nazwisko innej osoby - (Załącznik nr 6 do pisma Odwołującego z dnia 26.03.2013r.). Odwołujący w treści pisma z dnia 26 marca 2013 r. wskazał jednak stanowczo, iż przedkłada Zamawiającemu dokument dotyczący osoby na wskazane stanowisko, co potwierdzało, iż Odwołujący dysponuje jednak tą właśnie osobą. Wobec takiej rozbieżności w oznaczeniu osób wynikającej z dokumentów i oświadczeń załączonych przez Odwołującego, Zamawiający zaniechał wystosowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia powstałych w ten sposób wątpliwości. Jak wyjaśnił w piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 r. Odwołujący, w treści dokumentu zobowiązania do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia na stanowisku Specjalisty ds. ochrony środowiska doszło do omyłki w oznaczeniu osoby, co do której spółka FPP Consulting Sp. z o.o. w Warszawie zobowiązała się w stosunku do Odwołującego do udostępnienia osoby zdolnej do pełnienia funkcji Specjalisty ds. ochrony środowiska, tj. zamiast właściwej osoby wpisane zostało omyłkowo danej innej osoby. Umowa pomiędzy Odwołującym a spółką FPP Consulting Sp. z o.o. w Warszawie zgodnie z wolą i zamiarem obydwu stron obejmowała udostępnienie do realizacji przedmiotowego zamówienia osoby. Stąd dokument pisemnego zobowiązania spółki FPP Consulting Sp. z o.o. z dnia 13 grudnia 2012r. nie zrodził wobec Odwołującego innego zobowiązania, niż oddanie do dyspozycji właśnie wskazanej, zgodnie z wolą obydwu stron tej czynności. Odwołujący wykazał powyższe okoliczności w piśmie skierowanym do Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2013 r., do którego załączone zostało oświadczenie spółki FPP Consulting Sp. z o.o. o okolicznościach wystąpienia oczywistej omyłki w dokumencie zobowiązania do udostępnienia personelu oraz o treści rzeczywistego zobowiązania spółki FPP Consulting Sp. z o.o. wobec Odwołującego.

Do pisma Odwołującego został również dołączony poprawiony dokument zobowiązania do oddania do dyspozycji Odwołującego Specjalisty ds. ochrony środowiska, stanowiący potwierdzenie treści rzeczywistego zobowiązania spółki FPP Consulting sp. z o.o. O rzeczywistej treści oświadczenia Odwołującego co do dysponowania świadczy również fakt, iż w piśmie z dnia 26 marca 2013 r. Odwołujący stanowczo wskazał (pkt 10 pisma), iż

przedkłada dokument pisemnego zobowiązanie do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dla osoby, proponowanej na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Co istotne, Odwołujący sam dostrzegł przedmiotową omyłkę, o której zawiadomił Zamawiającego bez wezwania ze strony Zamawiającego, przed rozstrzygnięciem przetargu.

Odwołujący na stałe współpracując ze spółką FPP Consulting Sp. z o.o. w Warszawie, swobodnie i w sposób ciągły dysponuje personelem tej spółki przy realizacji zamówień publicznych, każdą ze wskazanych osób Odwołujący dysponuje zamiennie wobec posiadania przez te osoby równorzędnych kwalifikacji i doświadczenia. Innymi słowy, z dokumentów Odwołującego wynika, że na dzień składania ofert osoba podana w Wykazie, zdolną do wykonania zamówienia (okoliczność bezsporna), zaś wiedzę w tym zakresie Zamawiający nabył przed podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W rozważanej sytuacji nie doszło także do naruszenia zakazu wielokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a jedynie do omyłki w dokumencie składanym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym nie zachodzi sytuacja opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, Odwołujący bowiem wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składając na wezwanie Zamawiającego oświadczenie z art. 26 ust. 2b ustawy obejmujące osobą zdolną do realizacji zamówienia.

Złożenie przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzać ma jedynie, jak wyraźnie wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy, spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu bądź spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Powyższe okoliczności potwierdzają nie tylko zaistnienie oczywistej omyłki w oznaczeniu osoby, lecz również fakt spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania Specjalistą ds. ochrony środowiska o wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacjach i doświadczeniu. Dowodzi to, że Zamawiający bezpodstawnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i wykluczył Odwołującego z postępowania. Trafność zaprezentowanych wyżej rozważań potwierdza linia orzecznicza wypracowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z dnia 25 października 2012r., sygn. akt: KIO 2234/12, Izba zauważyła, że: *„Orzecznictwo wypracowało pogląd, zgodnie z którym dopuszczalne jest w ramach uzupełnienia dokonywanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powołanie innych osób, wskazanie innych należycie zrealizowanych umów - w przypadku potwierdzenia spełniania wymagań podmiotowych. W przypadku dokumentów o charakterze przedmiotowym odnoszących się do treści oferty - potwierdzających spełnianie przez oferowane świadczenie wymagań zamawiającego możliwość ta doznaje ograniczenia, gdyż może doprowadzić do*

zmiany treści oferty, czemu przepisy ustawy zasadniczo się sprzeciwiają". Na szczególną uwagę zasługują w tym miejscu tezy zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 1 października 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 992/08. Podniesiono w nim bowiem, że: „Zamawiający na rozprawie podniósł, że na naruszenie art. 7 Pzp mógłby się narazić w wypadku, gdyby dopuścił uzupełnienie dokumentów poprzez złożenie uprawnień nowej osoby, nieujętej w pierwotnym wykazie załączonym do oferty Odwołującego, bowiem stanowiłoby to zmianę treści oferty Odwołującego. Przedstawienie uprawnień dla osoby nieujętej w wykazie załączonym do oferty nie jest zmianą treści oferty, bowiem uprawnienia te nie są treścią oferty, której definicję zawiera art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, lecz dokumentem potwierdzającym warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca, załączając do oferty wykaz określonych osób, nie deklaruje (co do zasady), że te właśnie osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, lecz wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Istotne jest dysponowanie osobą posiadającą określone uprawnienia, a nie dysponowanie konkretną osobą. Skoro na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dopuszcza się uzupełnienie dokumentów, jeżeli ich wcześniej nie złożono albo zawierają błąd, nie można odmówić wykonawcy prawa do naprawienia tego błędu, czyli w tym wypadku przedłożenia, w wyniku wezwania, uprawnień dla nowej osoby, jeżeli uprawnienia wcześniej załączone nie spełniały wymogów SIWZ. Należy przyjąć, że celem art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest umożliwienie takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą decyzji o niewykluczeniu wykonawcy z postępowania. Podsumowując, w ocenie składu orzekającego Izby, nie ma przeszkód, aby wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przedłożył dokumenty dotyczące osoby nieujętej w pierwotnym wykazie osób". W przypadku, gdy Zamawiający ma wątpliwości, czy złożone dokumenty potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, powinien umożliwić wykonawcy złożenie dodatkowych dokumentów. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012r., sygn. akt: KIO 1659/12, w którym Izba uznała, że: „Podzielając wyrażoną w przytoczonych orzeczeniach argumentację, uznano, że na gruncie analizowanej sprawy zasadnym jest wniosek, że wystosowanie do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie spełnia wskazanych postulatów, przy czym to rzeczą Odwołującego będzie wykazanie - w świetle sygnalizowanych, zasadnych wątpliwości - spełnienia spornego warunku udziału w postępowania oraz inicjatywa dowodowa w tym zakresie, wyrażająca się ewentualnym złożeniem dodatkowych dokumentów czy choćby umowy o podwykonawstwo (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 32 marca 2010 r. w spr. KIO/UZP 31/10 a także z 16 stycznia 2008 r. w spr. 1530/08, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11)".

Powyższe rozważania potwierdzają, że na gruncie przedmiotowej sprawy bez znaczenia pozostaje fakt, że Odwołujący, wbrew swoim rzeczywistym intencjom, nie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zobowiązania dotyczącego podanej w Wykazie osoby. Przedkładając bowiem przez omyłkę zobowiązanie dotyczące innej osoby, potwierdził tym samym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy. Osoba ta bowiem również spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w razie uznania przez Izbę, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia, będące załącznikiem do złożonej przez Odwołującego oferty, należy traktować jako integralną część tej oferty, wskazujemy, że z uwagi na zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności Zamawiający powinien był zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pismem z dnia 19 kwietnia 2013r. Odwołujący zawiadomił Zamawiającego o zaistnieniu oczywistej omyłki w przedłożonym w ramach wyjaśnień dokumencie potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz dołączył właściwą treść zobowiązania spółki FPP Consulting Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia osoby na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska. Tym samym Zamawiający powinien poprawić treść ww. zobowiązania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z wyroku KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1147/11, *„nie ma przeszkód prawnych w poprawieniu omyłki w ofercie, które jest poprzedzone wyjaśnieniem wykonawcy złożonym zamawiającemu w toku badania ofert”*. Jednocześnie zwracamy uwagę, że w wyroku z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 233/10, Izba stwierdziła, że *„pomyłki należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności faktycznych towarzyszących złożeniu konkretnego oświadczenia woli, czyli z uwzględnieniem intencji wykonawcy, które w ramach postępowania o udzielenie zamówienia nie budzą wątpliwości, bowiem każdy z wykonawców dąży do złożenia oferty zgodnej z postanowieniami siwz, a więc nie podlegającej odrzuceniu”*.

Wymaga podkreślenia, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczna jest współpraca Zamawiającego z wykonawcami. Co więcej, w wyroku z dnia 10 stycznia 2013r., sygn. akt: KIO 2856/12, Izba słusznie podniosła, że: *„to Zamawiający winien być na równi z wykonawcą zainteresowany, aby każdy wykonawca, który złożył ważną ofertę, pozostawał w postępowaniu aż do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia, gdyż niewątpliwe jest, iż im większa ilość złożonych ważnych ofert, tym większa jest możliwość wyboru lepszego wykonawcy i powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy, którego oferta będzie dla Zamawiającego najkorzystniejsza”*. W ślad za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2013r., sygn. akt X Ga 23/07/za, należy również przypomnieć, że *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej*

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców". W wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1580/09, KIO zwróciła dodatkowo uwagę, że *„postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wyłonienie wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę za realizację przedmiotu zamówienia”*.

Zdaniem Odwołującego treść oświadczeń oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w postępowaniu zapewniała przeprowadzenie go w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania naruszyło art. 7 Pzp, a wybór w przedmiotowym postępowaniu oferty mniej korzystnej od oferty Odwołującego zawierającej najniższą cenę, stanowi przejaw braku troski Zamawiającego o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi w imię nadmiernego formalizmu postępowania o udzielenia zamówienia. Odwołujący przytacza w tym miejscu stanowisko składu zespołu arbitrów przyjmowane również przez Krajową Izbę Odwoławczą w aktualnym orzecznictwie, zgodnie z którym: *„Istotą bowiem całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tych ze zamówień oraz przede wszystkim troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, nie zaś skrajne formalizowanie trybu udzielania zamówień publicznych i eliminowania oferentów z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu uchybień ofert, niewpływających na ich istotę jak też na zakres przyszłych, ewentualnych wzajemnych zobowiązań stron”* (tak wyrok ZA z 22 czerwca 2004 r. UZP/ZO/0-904/04).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania dotyczącego Części B postępowania, nie uwzględniając przedstawionej argumentacji co do spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu do składania ofert oraz okoliczności, w jakiej doszło do omyłki w treści zobowiązania. W szczególności Zamawiający pominął treść art. 84 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy, Odwołujący ma bowiem prawo błęd w zobowiązaniu „poprawić” także na zasadach ogólnych, w sytuacji gdy w oparciu o przedstawione dowody, znanych Zamawiającemu przed rozstrzygnięciem przetargu, błąd ten Zamawiający mógł zauważyć.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawcy KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria Madryt oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały

następujące okoliczności:

Odwołujący w złożonym *Wykazie osób na stanowisko Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska* wskazał osobę co do której podał, że podstawa dysponowania tą osobą wynika z pisemnego zobowiązania do udostępnienia (oferta Odwołującego, str. 163, pkt 6 tabeli). Jednocześnie Odwołujący nie załączył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wskazanej przez siebie osoby; zobowiązanie zawarte na str. 66 oferty obejmuje inne osoby, aniżeli osoba dedykowana na stanowisko *Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska*.

Zamawiający, pismem z dnia 19 marca 2013 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych m.in. do uzupełnienia dokumentu, dotyczącego spornej osoby, wskazując, że „w ofercie *brak jest zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (osób zdolnych do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dla (...). Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego w pkt 9.1.4. lit b SIWZ powinny to być pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (osób zdolnych do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. pisemne zobowiązanie powinno być złożone razem z dokumentem (odpis z właściwego rejestru, pełnomocnictwo) potwierdzającym umocowanie osoby/osób podpisującej/ych przedmiotowe zobowiązanie.*” Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie dokumentu do dnia 27 marca 2013 r. do godz. 12:00.

W terminie określonym przez Zamawiającego, to jest w dacie 27 marca 2013 r., przy piśmie oznaczonym LDz. KV/MŁ/601/2013 Odwołujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby, jednak w jego treści wskazano zupełnie inną osobę, aniżeli podana w *Wykazie osób na stanowisko Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska*. W piśmie przewodnim LDz. KV/MŁ/601/2013, przy którym przesłano uzupełniony dokument Odwołujący podał, w pkt 10, że: „*wykonawca załącza pisemne zobowiązanie do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dla (...) proponowanej na stanowisko Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska wraz z dokumentem potwierdzającym umocowanie osoby podpisującej przedmiotowej zobowiązanie*”. W piśmie tym wskazano dane osobowe – imię i nazwisko osoby podanej w *Wykazie osób* zamieszczonym w ofercie, dołączono również do niego poprawiony w innym zakresie (co do specjalisty w zakresie przygotowywania wniosków o dofinansowanie, Koordynatora Projektu (generalnego Projektanta), Projektanta branży telekomunikacyjnej, Projektanta branży kolejowej – linie, węzły, stacje kolejowe, Projektanta branży kolejowe sieci trakcyjne). Wskazana na stanowisko Koordynatora – eksperta ds.

ochrony środowiska w poprawionym *Wykazie* osoba pozostała bez zmian w stosunku do *Wykazu* załączonego pierwotnie do oferty.

W dniu 19 kwietnia 2013 r. Odwołujący, z własnej inicjatywy przesłał do Zamawiającego pismo opatrzone kolejnym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, wskazującym właściwą - wskazywaną w *Wykazie osób* na stanowisko *Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska* osobę, wyjaśniając, że treść złożonego wcześniej zobowiązania „*obarczona była omyłką oznaczeniową, ale zrodziła w świetle art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego zobowiązanie do udostępnienia Pani (...). Pragniemy podkreślić, że w rzeczonym piśmie Wykonawcy L Dz. KV/MŁ/601/2013 w pkt Ad. 10 prawidłowo wymieniona została Pani (...).*”

W spornym zakresie Odwołujący na rozprawie złożył oświadczenie podmiotu trzeciego że obie panie – ta wskazana w *Wykazie* złożonym wobec Zamawiającego, jak i podana w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego zobowiązaniu podmiotu trzeciego zostały udostępnione Odwołującemu, oraz że wybór osoby pozostawiony został Odwołującemu. Oświadczenie zostało opatrzone dopełniającym *Wykazem osób*, obejmującym jego pkt 6 - *Koordinator – ekspert ds. ochrony środowiska*, gdzie podano dane osoby, co do której w dniu 27 marca 2013 r. przy piśmie oznaczonym L Dz. KV/MŁ/601/2013 Odwołujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący w terminie składania ofert nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie dopełniając złożonego *Wykazu osób* zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby wskazanej w tym *Wykazie* na stanowisko *Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska*. Odwołujący nie wykazał także spełnienia warunku udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (do dnia 27 marca 2013 r.). Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu W SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert. Ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia dokumentów, których oferta nie zawierała, jak również dokumentów obarczonych różnego rodzaju błędami, co oznacza również uzupełnianie dokumentów nie potwierdzających spełnienia stawianych w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu

ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału wykaże należyłą staranność i przygotowuje swój wniosek w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w dokumentach załączonych do wniosków lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, żeby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Stąd nie mogą być uwzględnione złożone już po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobą na

stanowisko *Koordynatora – eksperta ds. ochrony środowiska*, dodatkowe dokumenty, w tym właściwe zobowiązanie do udostępnienia osoby wskazanej w *Wykazie osób* (złożone dopiero w dniu 19 kwietnia 2013 r., to jest po terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentu, czyli po 27 marca 2013 r.) jak i złożony na rozprawie *Wykaz osób* wskazujący osobę, co do której Odwołujący we właściwym terminie złożył zobowiązanie do jej udostępnienia, ale której nie ujęto w *Wykazie osób*.

O ile Odwołujący może samodzielnie uzupełnić dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie będąc wzywany do ich uzupełnienia, to jednak takie uzupełnienie nie wywołuje skutku po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na uzupełnienie. W sprawie ten termin wskazywał 27 marca 2013 r. do godz. 12:00. W tym terminie Odwołujący nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby wskazanej w *Wykazie*, a jedynie złożył zobowiązanie dotyczące innej osoby, która w *Wykazie osób* nie została uwidoczniona. Tym samym, ani w terminie do składania ofert, ani w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów Odwołujący nie złożył dokumentów pozwalających na uznanie, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu: w terminie składania ofert Odwołujący złożył poprawny *Wykaz osób* ale bez zobowiązania do udostępnienia osób opiewającego na osobę w tym *Wykazie* podaną, natomiast w terminie na uzupełnienie dokumentu Odwołujący złożył zobowiązanie wskazujące inną osobę, co do której brak było stosownego oświadczenia w postaci *Wykazu osób*.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że wykazanie spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami następuje w tym wypadku za pomocą dwóch dokumentów, które łącznie prezentują sytuację wykonawcy: za pomocą *Wykazu osób* oraz – jeśli wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych – zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby. Każdorazowo więc, zarówno w terminie składania ofert jak i w terminie podanym na uzupełnienie dokumentów Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro nie złożył kompletnych i spójnych dokumentów zawierających oświadczenie, jaką osobę dedykuje na sporne stanowisko oraz tytułu do dysponowania tą osobą w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego. Bez znaczenia pozostaje zatem, czy obie wskazywane w różnych momentach osoby spełniają warunki stawiane przez Zamawiającego, ale czy spełnienie tych warunków zostało Zamawiającemu wykazane. Nie można zapominać, że to wykazanie musi nastąpić nie tylko w wymaganej przez przepisy oraz postanowienia SIWZ formie ale także w odpowiednim terminie. Tutaj ten termin wyznaczał termin złożenia oferty, a następnie termin na uzupełnienie wskazany w wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, to jest dzień 27 marca 2013 r. do godz. 12:00.

Odwołujący złożył wprawdzie dokumenty, które mogłyby przekonywać, że wypełniono wymagania Zamawiającego, ale uczynił to już po terminie – uzupełnione zobowiązanie do udostępnienia osoby podanej w Wykazie złożono Zamawiającemu w dniu 19 kwietnia 2013 r.

Podkreślenia dalej wymaga, że jakkolwiek, co do zasady, nie ma przeszkody do wzięcia pod uwagę dokumentów złożonych samodzielnie, bez wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, na co zwracała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach (KIO z 19 marca 2013 r. w spr. KIO 529/13, z dnia 15 czerwca 2013 r. w spr. KIO 1169/11), to w tym wypadku nie sposób uznać, że uzupełnione przez Odwołującego dokumenty w postaci poprawionego *Wykazu osób* wskazującego na osobę podaną w zobowiązaniu podmiotu trzeciego może podlegać ocenie. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie, wykonawca może, będąc w określonym zakresie wezwany do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedłożyć inny, czy wykazać spełnienie warunku innymi dokumentami, których nie dotyczyło wezwanie, ale czynić to musi niejako na własne ryzyko, że odgadując intencje zamawiającego, wychodząc poza wyartykułowane w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu niedoskonałości dokumentu, jaki złożony został w ofercie niewłaściwie wypełni oczekiwania zamawiającego. Wykonawca może bowiem uznać, że inny niż żądany przez zamawiającego dokument czy oświadczenie, będące w posiadaniu wykonawcy lepiej potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu i złożyć go w miejsce tego, do którego został wezwany. Ryzyko takiego działania obciąża wykonawcę, który może źle odczytać wezwanie zamawiającego i w efekcie złożyć dokument nie odpowiadający wymaganiom zamawiającego, a więc nie potwierdzający spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie wykonawca decydując się na samodzielne określenie sposobu dowodzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w przypadku błędu pozbawia się możliwości ponownego skorzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy.

Ponadto, rozbieżność w złożonych przez Odwołującego dokumentach: *Wykazie osób* oraz dopełniającym go zobowiązaniu podmiotu trzeciego, nie mogła – wbrew żądaniu wyrażonemu w odwołaniu – podlegać poprawieniu lub dalszemu wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy. Ten dokument nie ma bowiem charakteru oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy, zatem ewentualne wyjaśnienie mogłoby się odbyć na podstawie znajdującego zastosowanie do tego dokumentu przepisu art. 26 ust. 4 ustawy. Dostrzegając przy tym obowiązek Zamawiającego poprawienia w treści oferty jej niezgodności z SIWZ, w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie sposób jednak tracić z pola widzenia zakresu tego przepisu, który odnosi się do

W ustalonych w zakresie tego odwołania okolicznościach, uzasadnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zgodnie z którym „(...) W przypadku, gdy Wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2 b UPZP, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając tym celu **PISEMNE ZOBOWIĄZANIE** w tym tych podmiotów do oddania mu dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ponieważ w ofercie brak było takiego dokumentu – Zamawiający w dniu 19 marca 2013 r. wysłał w trybie art. 26 ust. 3 UPZP wezwanie do jego uzupełnienia. W odpowiedzi Wykonawca przesłał pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia lecz **DOTYCZĄCE INNEJ OSOBY NIŻ ZGŁOSZONEJ W OFERCIE** (...)” znajduje potwierdzenie, co czyniło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego KV Projekty INŻYNIERYJNE I ARCHITEKTONICZNE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i KV Consultores de Ingenieria Madryt podlegającym oddaleniu.

VII. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO OVE ARUP & PARTNERS INTERNATIONAL LIMITED (spr. o sygn. KIO 1054/13):

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części B na czynności Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie

wykluczenia z postępowania spółki Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia,

4) z ostrożności - w przypadku uznania, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o. z postępowania - art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o. odpowiednio do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, pomimo tego, iż zachodzą przesłanki aktualizujące obowiązek Zamawiającego do dokonania tych czynności.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o., oraz
4. z ostrożności wezwanie wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o. odpowiednio do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp,
5. nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł następującą argumentację:

[1] w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania:

Odwołujący podał, że w dniu 30.04.2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu treść odwołania wniesionego przez wykonawcę Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W tym odwołaniu Wykonawca BPK wskazuje na fakt podania przez Mosty Katowice Sp. z o. o. - wykonawcę, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą - nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, tj.: podanie jako doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko *projektanta w branży kolejowej - linie, stacje i węzły kolejowe*, opracowania projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie przebudowy układu

torowego dla stacji węzłowej Gdynia Główna Osobowa (Gdynia Główna). Odwołujący wskazał również na oświadczenie o dysponowaniu osobą dedykowaną na stanowisko *projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym*, na podstawie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego (Jacobs Polska Sp. z o.o.) do udostępnienia tej osoby na czas realizacji zamówienia. W powyższym zakresie Odwołujący podzielił argumentację i wnioski, jakie zostały zaprezentowane w odwołaniu złożonym przez Biuro Projektów Komunikacyjnych sp. z o.o. w Poznaniu.

[2] w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w z w. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice, Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego:

Odwołujący podniósł, iż osoby dedykowane przez wykonawcę Mosty Katowice Sp. z o.o. do uczestniczenia w realizacji zamówienia, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu:

- 1) Osoba dedykowana na stanowisko koordynatora projektu, nie posiada doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią SIWZ, Koordynator Projektu (Generalny Projektant) musi posiadać: doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 5 lat wykonał co najmniej dwa opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej; uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej.

Każda z dwóch dokumentacji projektowych, wymaganych w ramach doświadczenia osoby dedykowanej na koordynatora projektu, musi zawierać odcinek obejmujący co najmniej jeden szlak i 2 stacje kolejowe - określenie „łącznie” dotyczy każdego projektu. Jest to zrozumiałe z uwagi na złożoność projektu, który jest przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, dotyczącego odcinka linii kolejowej o długości ponad 50 km obejmującego 7 stacji. Wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o., wskazując na doświadczenie podanej w Wykazie osób osoby podał opracowanie dokumentacji projektowej modernizacji linii

kolejowej E65 na obszarze lokalnego centrum sterowania (LCS) Ława. Jak wynika z informacji uzyskanych od inwestora, dokumentacja projektowa została wykonana w oparciu o jedną i tą samą umowę, obejmowała wykonanie jednego projektu budowlanego i wykonawczego, dla którego wyłącznie z przyczyn etapowania robót budowlanych uzyskano 5 odrębnych decyzji o pozwoleniu na budowę. Podany jako doświadczenie drugi projekt (dotyczący linii kolejowej nr 226) obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej dla szlaku i tylko jednej stacji kolejowej. Powyższe wskazuje jednoznacznie na brak doświadczenia w kierowaniu zespołem, który wykonał co najmniej dwa opracowania dokumentacji projektowej dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej. Doświadczenie w ramach projektu modernizacji linii kolejowej E65 LCS Ława należy traktować jako jedno opracowanie dokumentacji, która wyłącznie dla celów uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę została podzielona na 5 części. Ponieważ drugi projekt nie obejmuje szlaku i 2 stacji kolejowych, warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. Nawet gdyby uznać, że dla projektu modernizacji linii kolejowej E65 LCS Ława opracowanych zostało 5 dokumentacji projektowych, wówczas żadna z tych dokumentacji nie obejmuje szlaku i 2 stacji kolejowych.

- 2) Osoba dedykowana na stanowisko *projektanta branży mostowej*, nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, ponieważ mosty kolejowe przez niego zaprojektowane są położone w bocznicach kolejowych odchodzących od linii kolejowej nr 200.

Dla projektanta z branży mostowej Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w opracowaniu, w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) mostów lub wiaduktów, w tym co najmniej jednego kolejowego mostu lub wiaduktu położonego na zelektryfikowanej linii kolejowej.

Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 z późn. zm.) definiuje pojęcia linii kolejowej i bocznic kolejowej: art. 4 stanowi, że użyte w ustawie określenia oznaczają: 1) linia kolejowa - droga kolejowa mająca początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętymi pod nie gruntami; 10) bocznic kolejowa - droga kolejowa połączona z linią kolejową i służąca do wykonywania załadunku i wyładunku wagonów lub wykonywania czynności utrzymaniowych

pojazdów kolejowych lub postoju pojazdów kolejowych oraz przemieszczania i włączania pojazdów kolejowych do ruchu po sieci kolejowej; w skład bocznic kolejowej wchodzi również urządzenia sterowania ruchem kolejowym oraz inne urządzenia związane z bezpieczeństwem ruchu kolejowego, które są na niej usytuowane. Wynika z powyższego, że Ustawodawca różnicuje pojęcia linii kolejowej i bocznic. Obiekty mostowe, o których mowa w doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta branży mostowej* są obiektami położonymi w bocznic kolejowej. Autostrada A1 krzyżuje się z torami bocznic kolejowej odgałęziającej się od linii kolejowej nr 200. Odcinek, o którym mowa w doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta branży mostowej* jest wymieniony w wykazie bocznic kolejowych:

Lp.	Nazwa użytkownika bocznic (adres)	Rodzaj bocznic		Miejsca odgałęzienia		Usytuowanie punktu zdawczo-odbiorczego		IZ
		stacyjna	szlaków a	Linia	stacja	tory stacyjne	tory użytkowników	
101	KWK "SOŚNICA" ul. Błonie 6 44-101 GLIWICE	Tak		200	Gliwice Sośnica		tak	IZ Gliwice

Wymóg zamawiającego jednoznacznie dotyczył linii kolejowej a nie bocznic kolejowej.

Z uwagi na powyższe osoba wskazana na stanowisko *projektanta branży mostowej* nie posiada doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

- 3) osoba dedykowana na stanowisko *Projektanta branży drogowej*, nie posiada doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Projektant branży drogowej winien posiadać doświadczenie w opracowaniu, w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych dla budowy lub modernizacji układów drogowych, wynikających z potrzeby modernizacji infrastruktury kolejowej. Projekty opracowane przez osobę dedykowaną na stanowisko *projektanta branży drogowej*, są projektami realizowanymi na zlecenie zarządców infrastruktury drogowej, wynikającymi z potrzeb modernizacyjnych infrastruktury drogowej i nie są związane z potrzebami modernizacyjnymi infrastruktury kolejowej. Żaden z opisanych projektów nie spełnia powyższych wymagań. W świetle powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków

udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego, należy uznać za uzasadniony.

[3] w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;

Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca winien wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej dwóch usług o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN brutto, polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej (obejmującej co najmniej opracowanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy, wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o. przedstawił projekt zrealizowany przez podmiot trzeci firmę ILF z Innsbrucka, Austria: Budowa linii kolejowej na odcinku Kundl - Radfeld - (udostępnienie zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Projekt obejmował opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego zelektryfikowanej linii kolejowej z podanym okresem realizacji listopad 2009 - listopad 2011.

Jednakże z treści referencji dla tego projektu wynika, że realizowany był w okresie 1986 - 2010 r., zaś w zakres usług zleconych firmie ILF wchodziło nie tylko opracowanie dokumentacji projektowej, lecz także nadzór autorski i doradztwo w trakcie rozruchu. Co więcej, z informacji pozyskanych od inwestora, w tym danych dostępnych na stronach internetowych tego projektu wynika, iż w 2002 r. uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę, zaś w 2009 r. część robót budowlanych została ukończona i przystąpiono do montażu wyposażenia technicznego. Skoro zatem w roku 2010 ukończony został określony zakres robót budowlanych, dokumentacja projektowa - na podstawie której wykonano te roboty - musiała zostać opracowana odpowiednio wcześniej, prawdopodobnie wcześniej niż przed upływem ostatnich 3 lat od terminu składania oferty w przedmiotowym postępowaniu. Ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu poddaje w wątpliwość również informacja uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę w 2002 r. - skoro tak, projekt ten nie spełnia wymagania wskazanego w warunku udziału w postępowaniu, tj. realizacji zamówienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej jest zasadny.

[4] Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o. o. odpowiednio do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, pomimo tego, iż zachodzą przesłanki aktualizujące obowiązek Zamawiającego do dokonania tych czynności - podniesionego z ostrożności, Odwołujący podnosi, że Zamawiający w sposób niestaranny nieprawidłowy dokonał oceny spełniania przez wykonawcę Mosty Katowice Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznał ofertę tego wykonawcy za najkorzystniejszą. W ocenie Odwołującego przywołane fakty i argumenty przemawiają jednoznacznie za obowiązkiem Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu. Jednakże, gdyby w ocenie Izby zachodziły okoliczności uprawniające Zamawiającego do zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy i poprzedzenia czynności wykluczenia wezwaniem do uzupełnienia względnie wyjaśnienia treści dokumentów oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania takiej czynności w zakresie wynikającym co najmniej z podniesionych zarzutów.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawcy OVE ARUP & Partners International Limited oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] w zakresie zarzutów wskazujących na niewykazanie spełnienia warunku udziału oraz złożenia nieprawdziwych informacji, w odniesieniu do osób podanych przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach na stanowiska *Projektanta w branży kolejowej – linie stacje i węzły kolejowe* oraz *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym*:

Biorąc pod uwagę zarzuty postawione w odwołaniu wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited, odnoszące się do zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice w Katowicach z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a także niewykazania warunku udziału w postępowaniu, wyartykułowanych w odniesieniu do osób wskazanych na stanowiska *Projektanta w branży kolejowej – linie stacje i węzły kolejowe* oraz *Projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym* - w pełni zachowuje aktualność argumentacja prezentowana w zakresie analogicznych zarzutów podniesionych w odwołaniu złożonym przez Biuro Projektów Komunikacyjnych sp. z o.o. w Poznaniu (w spr. KIO 1007/13).

Stąd stawiane w powyższej mierze zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

[2] w zakresie zarzutu niewykazania spełnienia przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach do realizacji zamówienia na stanowiska *Koordynatora Projektu (Generalnego Projektanta), Projektanta branży mostowej, Projektanta branży drogowej*:

W odniesieniu do dalszych zarzutów, wskazujących na niewykazanie przez Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach do realizacji zamówienia, które zostały wskazane na stanowiska *Koordynatora Projektu (Generalnego Projektanta), Projektanta branży mostowej, Projektanta branży drogowej*, nie sposób pomijać okoliczności, że wykonawca Mosty Katowice wskazał na te stanowiska więcej niż jedną osobę, których kwalifikacji Odwołujący nie kwestionował.

Zgodnie z treścią SIWZ (pkt 8.4.2, część I Instrukcja Dla wykonawców, str. 12, 15, 19), dla każdej z części zamówienia Zamawiający wprowadził postanowienie dopuszczające możliwość wskazania tylko jednej osoby na stanowisko wyłącznie w odniesieniu do stanowiska *Koordynatora Projektu*: *„Wykonawca winien wskazać w ofercie jednego Koordynatora Projektu (niedopuszczalne jest wskazanie większej liczby osób).”* Zatem ewentualne ograniczenie tego rodzaju przy ocenie treści dokumentów – na co powoływał się w swej argumentacji prezentowanej na rozprawie Odwołujący - o ile uznać za dopuszczalne, mogło być brane pod uwagę tylko wobec tego stanowiska, nie odnosiło się natomiast do innych stanowisk, to jest *Projektanta branży mostowej, Projektanta branży drogowej*. Nie zostało bowiem takie ograniczenie wyartykułowane w treści SIWZ, nie można go tym bardziej wywodzić z treści wezwań kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie wykazywanych na poszczególne stanowiska osób: *„(...) wskazanie JEDNEJ osoby z oferty, którą Zamawiający ma brać pod uwagę dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu”* (pisma Zamawiającego z 5 marca 2013 r. IRZUd-0815-POLiŚ 7.1-73-18/13 – część I dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego, z dnia 19 marca 2013 r. IRZUd-0815-POLiŚ 7.1-73-22/13, część II dokumentacji). Tego rodzaju wezwania, jako nie znajdujące oparcia w brzmieniu SIWZ nie mogły – szczególnie że miały miejsce po ostatecznym ukształtowaniu treści SIWZ oraz złożeniu w postępowaniu ofert – kreować kształtu, ani określonej interpretacji SIWZ. Jako nie znajdujące podstawy w treści tego podstawowego dokumentu jakim jest SIWZ, mogły być także kwestionowane we właściwym terminie w ramach środków ochrony prawnej (zwrócić warto w tym miejscu uwagę, że jeden z wykonawców – Biuro Projektów Komunikacyjnych

sp. z o.o. w Poznaniu, wezwany w ten sposób, wyraził w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zastrzeżenie, że ograniczenie możliwości wskazania więcej osób na dane stanowisko zostało w SIWZ wprowadzone tylko wobec Koordynatora Projektu). Przypomnienia wymaga, że skoro niewystarczające – niepotwierdzające spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu - oświadczenia i dokumenty muszą, co do zasady, być w myśl art. 26 ust. 3 ustawy przedmiotem wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia i skoro orzecznictwo dopuszcza samodzielne uzupełnienie takich dokumentów przez wykonawcę, to także szersze aniżeli wymagane przez Zamawiającego w konkretnym postępowaniu informacje (przykładowo, wskazanie więcej niż jednej osoby na to samo stanowisko) nie mogą negatywnie oddziaływać na sytuację wykonawcy. Wynikająca z wezwań z 5 i 19 marca 2013 r. swego rodzaju optymalizacja Zamawiającego, przejawiająca się w wygodzie ograniczenia badania zawartości *Wykazu osób* do oceny charakterystyki tylko jednej osoby, wskazywanej na odpowiednie stanowisko, także nie może być uznana za skutkującą obowiązkiem nieuwzględnienia wszystkich osób podanych przez odpowiednich wykonawców w *Wykazie*.

Niezależnie od tego zauważenia wymaga brzmienie warunku stawianego wobec osoby wskazanej na stanowisko *Koordynatora Projektu (Generalnego Projektanta)*, co do której Odwołujący podniósł niewykazanie spełnienia warunku z uwagi na niewykonanie przez tę osobę dwóch odpowiednich opracowań dokumentacji obejmujących łącznie co najmniej jeden szlak i dwie stacje kolejowe. Zdaniem Odwołującego, w świetle treści postawionego warunku udziału w postępowaniu, *każda z dwóch dokumentacji projektowych, wymaganych w ramach doświadczenia osoby dedykowanej na koordynatora projektu, musi zawierać odcinek obejmujący co najmniej jeden szlak i 2 stacje kolejowe - określenie „łącznie” dotyczy każdego projektu; Jest to zrozumiałe z uwagi na złożoność projektu, który jest przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, dotyczącego odcinka linii kolejowej o długości ponad 50 km obejmującego 7 stacji*. Dostrzeżenia jednak wymaga, że powyższa konstatacja Odwołującego pozostaje niejako obok treści stawianego warunku udziału w postępowaniu - zgodnie z pkt 8.4.2 SIWZ (str. 12 SIWZ), *Koordynator Projektu (Generalny Projektant)* musi posiadać: *„Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej; doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 5 lat wykonał co najmniej dwa opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej”*. Z treści tak opisanego warunku wynika, że w ramach co najmniej dwóch wykazywanych opracowań, osoba wskazywana na dane stanowisko musiała się wykazać doświadczeniem obejmującym

co najmniej jeden szlak i dwie stacje kolejowe, przy czym te obiekty nie muszą łącznie występować na każdej z wykazywanych dokumentacji. W treści warunku wyraźnie bowiem powiedziano, że dwa opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), mają obejmować swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe. Zamawiający w odniesieniu do każdej z dokumentacji nie zawarł takiego zastrzeżenia co do obiektów (co najmniej jeden szlak i dwie stacje kolejowe), jak to dotyczy dokumentacji projektowych – by każda z nich obejmowała co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy. Z tego względu, stawiany w odwołaniu Ove Arup & Partners International Limited zarzut, uznano za postawiony wbrew brzmieniu SIWZ i jako taki nie zasługiwał na uwzględnienie.

Podobnie należało ocenić dalsze zarzuty, kierowane wobec osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta branży mostowej*. Odwołujący zakwestionował doświadczenie jednej z osób wskazanych na to stanowisko, podając, że nie obejmuje ono co najmniej jednego mostu lub wiaduktu położonego na zelektryfikowanej linii kolejowej. Należy zgodzić się w tym miejscu ze stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępującego Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, że obowiązek wykazania się doświadczeniem w opracowaniu odpowiednich dokumentacji obejmujących most lub wiadukt położone na zelektryfikowanej linii kolejowej nie oznacza, że nie mogą to być elementy infrastruktury położone na bocznicach kolejowej. Warunek stawiany wobec osoby na stanowisko *Projektanta branży mostowej*, wskazywał na konieczność posiadania doświadczenia *w opracowaniu, w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) mostów lub wiaduktów, w tym co najmniej jednego kolejowego mostu lub wiaduktu położonego na zelektryfikowanej linii kolejowej*. Odwołujący podał definicje linii kolejowej oraz bocznic kolejowej, uznając, że te kategorie należy rozpatrywać rozłącznie: jeśli zadanie dotyczyło bocznic kolejowej (wiadukt lub most był położony na bocznicach kolejowej), to nie może być ono uznane za dotyczące linii kolejowej. Zwrócić jednak należy uwagę na szerokie ujęcie definicji linii kolejowej, obejmujące różne obiekty znajdujące się na jej odcinku; podobnie definicja bocznic kolejowej wskazuje, że jest ona połączona z linią kolejową. Powyższe pozwala uznać, że warunek obejmował szerokie rozumienie linii kolejowej, w ramach którego może mieścić się bocznic.

Podobnie należało ocenić dalsze zarzuty, kierowane wobec osoby wskazanej na stanowisko *Projektanta branży drogowej*. Odwołujący zakwestionował doświadczenie jednej z osób wskazanych na to stanowisko, podając, że zadania wykazane dla potwierdzenia spełniania warunku wynikały z potrzeby modernizacji infrastruktury drogowej, a nie – jak wymagał tego

stawiany warunek – infrastruktury kolejowej. Warunek stawiał wymaganie doświadczenia *w opracowaniu, w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych dla budowy lub modernizacji układów drogowych, wynikających z potrzeby modernizacji infrastruktury kolejowej.* Zdaniem Odwołującego, zadania wykazane dla podanej osoby dotyczące drogi krajowej nr 79 oraz budowy dwujezdniowej drogi klasy GP, a także *przebudowę wiaduktu nad torami PKP linii Katowice – Bielsko Biała* nie mogą być zakwalifikowane jako wynikające z potrzeby modernizacji infrastruktury kolejowej. Zgodzić się należy z Przystępującym, że potrzeby modernizacji infrastruktury kolejowej mogą wynikać z różnych przyczyn, w tym takich jak np. budowa, przebudowa lub modernizacja infrastruktury drogowej. Zatem to nie położenie, lub zarząd obiektem przez konkretny podmiot powinny decydować o tym, czy budowa lub modernizacja układu drogowego wynika z potrzeby modernizacji infrastruktury kolejowej, czy też nie. Zwrócić trzeba w tym miejscu uwagę na brzmienie warunku, który mówi o doświadczeniu w opracowywaniu dokumentacji dotyczących właśnie budowy lub modernizacji układów drogowych, zatem każdorazowo trudna do uchwycenia będzie ocena czy budowa/modernizacja układu drogowego wynika z potrzeby modernizacji infrastruktury kolejowej. Niemniej, już w treści warunku podkreślono, że wykazywane doświadczenie dotyczy budowy lub modernizacji układów drogowych. Odwołujący nie wykazał, by budowa lub modernizacja układów drogowych, w doświadczeniu kwestionowanej osoby wynikała z innych potrzeb niż modernizacja infrastruktury kolejowej - nie jest argumentem przekonującym, że przyczyną prac była potrzeba modernizacji infrastruktury drogowej, okoliczność, że wykazywane projekty przeprowadzono na zlecenie zarządców infrastruktury drogowej. Wszak warunek zakłada budowę lub modernizację układów drogowych, zaś przyczyny, potrzeby i motywacja, jaka przyświecała takim pracom wcale nie musi wynikać z tego kto jest zarządcą. Reasumując, skoro wykonawca Mosty Katowice w Katowicach wskazał więcej niż jedną osobę na sporne stanowiska, których kwalifikacji i doświadczenia Odwołujący nie kwestionuje, a także wobec niewykazania zasadności stawianych zarzutów – w tej części odwołanie także nie zasługiwało na uznanie.

[3] w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki Mosty Katowice Sp. z o. o., pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia:

Odwołujący wycofał powyższy zarzut na rozprawie, w związku z czym nie podlegał on rozpatrzeniu.

Reasumując, stawiane w odwołaniach czterech Odwołujących zarzuty – po części – znalazły potwierdzenie. Dotyczy to w szczególności odwołania złożonego przez Biuro Projektów Komunikacyjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (spr. o sygn. KIO 1007/13), oraz Sudop Praha as w Pradze (spr. o sygn. KIO 1050/13), w części dotyczącej podstawy do wykluczenia tych wykonawców, a także zawartego w odwołaniu tego ostatniego wykonawcy zarzutu wskazującego niewykazanie przez Biuro Inżynierskich Usług Projektowych w Krakowie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej. Niemniej, dla rozstrzygnięcia pozytywnego dla odpowiedniego wykonawcy, wyrażającego się uwzględnieniem odwołania, w myśl art. 192 ust. 2 ustawy, wymagane jest, aby potwierdzenie zarzutów miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Przez istotny wpływ na wynik postępowania, należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia w sytuacji, kiedy uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej, oferty danego odwołującego. Z taką jednak sytuacją nie mamy do czynienia w tym wypadku, zatem odwołania podlegały oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *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).

Skład orzekający: