

Sygn. akt: KIO 1106/14

WYROK

z dnia 10 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o.** (lider), **Trade-Port Sp. z o.o.**, **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Tczewie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o.** (lider), **Trade-Port Sp. z o.o.**, **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Tczewie** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie osobą na stanowisko **Kierownika Budowy z uwzględnieniem wytycznym zawartych w uzasadnieniu,****
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie** na rzecz **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** kwotę **23 617 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, Centrum Realizacji Inwestycji (dalej „zamawiający”), w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Rewitalizacja i modernizacja tzw. „Helskiego korytarza kolejowego” – linii kolejowej nr 213 Reda - Hel” wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie, Trade - Port Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego i Kolejowego Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce (dalej „Konsorcjum”), pomimo iż oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”)], co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem wyboru oferty odwołującego, podczas gdy to jego oferta jest jedyną (a tym samym najkorzystniejszą) spośród ofert niepodlegającą odrzuceniu,
lub alternatywnie (I):
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo iż powinno ono zostać wykluczone z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem wyboru oferty odwołującego, podczas gdy to jego oferta jest jedyną (a tym samym najkorzystniejszą), która została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu.
lub alternatywnie (II):
- zaniechaniu wezwania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo że dokumenty złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą nie potwierdzają spełniania warunku określonego w SIWZ – Tom I – Instrukcje Dla Wykonawców – pkt 8.2.3 i 8.3.2 ppkt 1, co oznacza, że zamawiający zobligowany był do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wskazanie

w ofercie Konsorcjum terminu realizacji zamówienia niezgodnego z SIWZ podlega poprawieniu jako „inna omyłka” w rozumieniu powołanego przepisu,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo spełnienia się przesłanek określonych w ww. przepisie, tj. rażącej niezgodności oferty Konsorcjum z treścią SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia wynikającej ze wskazania w ofercie daty 30 kwietnia 2015 r.,
3. art. 66 ust. 1 oraz art. 647 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: KC) w związku z art. 14 PZP, poprzez ich błędną wykładnię i niezastosowanie, tj. przyjęcie, iż termin realizacji zamówienia wskazany w ofercie nie stanowi istotnego elementu oferty,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie wyrażające się w naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czego wyrazem jest nieuprawnione poprawienie omyłki w ofercie Konsorcjum oraz wybór tej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp jako najkorzystniejszej, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu,

lub alternatywnie (I):

1. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo tego, że nie wykazało ono spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
2. art. 7 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie wyrażające się w naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czego wyrazem jest dokonanie – z naruszeniem przepisów ustawy Pzp – wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, pomimo iż podlegało ono wykluczeniu,

lub alternatywnie (II):

art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie ww. okoliczności, pomimo że dokumenty złożone przez Konsorcjum wraz z oferta nie potwierdzają spełniania warunku określonego w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum,
2. dokonania ponownej czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego,

lub alternatywnie (I)

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum,
2. dokonania ponownej czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego,

lub alternatywnie (II):

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum,
2. wezwania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu w wysokości 20.000,00 zł wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 26 marca 2014 r. zamawiający zawiadomił Konsorcjum o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) oraz o naniesieniu poprawek na 4 stronie oferty, zwracając również uwagę, iż zmieniając treść SIWZ w dniu 13 lutego 2014 r. wprowadził zmiany, które nie zostały uwzględnione przez Konsorcjum we wzorze Załącznika nr 2 do Tomu I SIWZ – IDW pn. „Załącznik do oferty” – w wierszu tabeli dotyczącym terminu realizacji zamówienia (pierwotne brzmienie tego załącznika przewidywało „Czas na ukończenie Robót” do dnia 30 kwietnia 2015 r., natomiast po zmianie SIWZ ww. termin został przesunięty na 30 sierpnia 2015 r.) Odwołujący wskazał, że zmiana terminu realizacji zamówienia została zatem pominięta przez Konsorcjum w złożonej ofercie, co zamawiający uznał jako „inną omyłkę” podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał także, że w dniu 23 maja 2014 r. zamawiający drogą elektroniczną zawiadomił go o wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający, poprawiając omyłkę w ofercie Konsorcjum, spowodował istotną – a zatem niedopuszczalną zmianę w treści tejże oferty.

Podał, że w treści pkt 3 SIWZ Tom I IDW określono termin realizacji zamówienia, który po zmianie SIWZ w dniu 13 lutego 2014 r. wynosił: „do dnia 31 sierpnia 2015 r., zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych” oraz, że kompletna oferta składana

przez wykonawców, stosownie do pkt 15.1 lit. a) SIWZ Tom I IDW musiała zawierać m.in. „wypełniony „Formularz Ofertowy” – sporządzony i wypełniony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW wraz „Załącznikiem do Oferty” sporządzonym i wypełnionym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 2 do IDW”, w którym także znajduje się termin realizacji zamówienia („Czas na ukończenie Robót”), tj. „od daty rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 do dnia 31 sierpnia 2015 r”.

Podał, że oferta Konsorcjum zawierała wypełniony i podpisany Załącznik nr 2 do IDW, jednak wskazano w nim odmienny termin realizacji zamówienia, tj. „Od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1. do dnia 30 kwietnia 2015 r.”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dokumentacji postępowania znajduje się pismo autorstwa komisji przetargowej z dnia 09 kwietnia 2014 r. zatytułowane „Informacja z przebiegu prac Komisji Przetargowej wraz z propozycją rozstrzygnięcia postępowania”, w którym wskazano, że komisja przetargowa dokonała poprawki omyłki „zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy, kierując się linią orzeczniczą, która znajduje swoje odzwierciedlenie m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2009 r. (KIO/UZP 16/09)”.

Odwołujący ocenił, że powołane przez komisję orzeczenie dotyczy odmiennego stanu faktycznego i nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu, ponieważ Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając sprawę o sygn. akt KIO 16/09 zauważyła bowiem, że w ofercie wykonawcy zachodziła rozbieżność polegająca na podaniu, oprócz terminu realizacji zamówienia zgodnego z żądaniem zamawiającego, także innego terminu.

Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu sytuacja jest odmienna, albowiem w ofercie Konsorcjum, poza wyraźnym wskazaniem w załączniku do oferty (Załącznik nr 2 do IDW) terminu wykonania zamówienia „do dnia 30 kwietnia 2015 r”, nie znajduje się żadne inne (a tym bardziej rozbieżne) oświadczenie w przedmiocie terminu realizacji. W ocenie odwołującego za takowe nie można uznać oświadczeń w formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do IDW), zgodnie z którymi Konsorcjum gwarantuje „wykonanie całości niniejszego Zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji” czy też że akceptuje „bez zastrzeżeń wzór umowy oraz warunki ogólne i szczególne umowy przedstawione w Tomie II niniejszej SIWZ”, ponieważ oświadczenia te są zbyt ogólnikowe, aby w jakikolwiek sposób można je odnieść do terminu realizacji zamówienia. Wskazał, że słuszność takiego stanowiska potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 03 stycznia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2753/12, w którym wskazała, iż „zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią SIWZ powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ i związaniu jej postanowieniami. Gdyby zaakceptować stanowisko Zamawiającego, można byłoby poprawić praktycznie każdą

niezgodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ - jednak możliwość poprawienia omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty do wymogów SIWZ”.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że zestawienie treści SIWZ oraz oferty Konsorcjum prowadzi do wniosku, iż zamawiający nie mógł zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w celu zmiany terminu wskazanego w ofercie, tj. 30 kwietnia 2015 r. na termin wskazany w SIWZ, tj. 31 sierpnia 2015 r., ponieważ działanie takie, skutkujące przesunięciem terminu realizacji aż o 4 miesiące, stanowiło istotną zmianę oferty, albowiem zmieniło ten parametr o niemal 40% w stosunku do treści złożonej oferty, a co za tym idzie było działaniem niedopuszczalnym w świetle powołanego przepisu.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze datę wyboru najkorzystniejszej oferty (23 maja 2014 r.), a także konieczność odczekania tzw. okresu *standstill* wynikającego z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przyjąć by należało, że Konsorcjum przyjęło 11-sto miesięczny termin realizacji zamówienia, natomiast zamawiający wymagał okresu realizacji w wymiarze 15 miesięcy.

Podkreślił, że *ratio legis* art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Wskazał nadto, że orzecznictwo KIO wskazuje na niedopuszczalność poprawiania omyłek w zakresie terminu wykonania zamówienia (wyrok z dnia 30 lipca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1520/12).

Podniósł, że okoliczności, w jakich Konsorcjum złożyło oświadczenie co do terminu realizacji zamówienia zawarte w formularzu ofertowym, wskazują na to, że zamiarem Konsorcjum nie było złożenie oferty zgodnej z SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia, ponieważ Konsorcjum miało pełną świadomość wszystkich zmian w treści SIWZ, których zamawiający dokonał w dniach 13 lutego 2014 r. oraz 07 marca 2014 r., co znajduje odzwierciedlenie w załączniku do złożonej przez Konsorcjum oferty pn. „Rozbicie Ceny Ofertowej” – załącznik ten uwzględniał wszystkie dokonane przez zamawiającego zmiany w Tomie IV SIWZ. Uznał, że modyfikacje SIWZ i jej załączników zostały zawarte w ofercie Konsorcjum selektywnie – w sposób dla siebie dogodny, celowo pominął bowiem zmianę Załącznika nr 2 do Tomu I SIWZ Instrukcje Dla Wykonawców pn. „Załącznik do oferty”.

Odnośnie do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający przepis ten naruszył na skutek nieuprawnionego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, ponieważ zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, iż spełniły się przesłanki określone w tym przepisie, tj. wystąpiła rażąca niezgodność

oferty z treścią SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia. Odwołujący uznał, że niezgodność ta wynikała w sposób oczywisty ze wskazania w ofercie daty 30 kwietnia 2015 r., podczas gdy zamawiający wyraźnie wymagał, aby zamówienie zostało zrealizowane do 31 sierpnia 2015 r.

Odwołujący podniósł, że dokonując nieuprawnionej poprawki omyłki w ofercie Konsorcjum zamawiający dopuścił się obrazy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wynikającej z niej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2013 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 27/13: *„zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców”*.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że skoro oferta Konsorcjum zawierała inny termin realizacji niż ten wskazany wprost w warunkach SIWZ, to obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty. Oceniał, iż termin realizacji zamówienia, stanowi istotny element oferty i wskazał, że zgodnie z art. 647 KC wykonawca w umowie o roboty budowlane zobowiązuje się do wykonania obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a następnie do jego oddania, wobec czego „termin realizacji zamówienia” należy uznać za element istotny.

Odnosnie do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że **w**śród warunków, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zamawiający wskazał m.in. wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym w treści pkt 8.3.2 lp. 1 SIWZ Tom I IDW zawarto wymóg wykazania przez wykonawcę, iż dysponuje on osobą na stanowisko „Kierownik Budowy”, która posiada:

- uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej do kierowania robotami budowlanymi takimi jak: stacja, węzeł, linia i bocznicą kolejową,
- co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy/Kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409) na robotach związanych z budową lub przebudową

infrastruktury kolejowej.

Odwołujący dalej podał, że w ofercie Konsorcjum na powyższe stanowisko wskazano Pana Janusza Nowackiego, wpisując w treści wykazu osób (str. 33 oferty) opis jego doświadczenia z podziałem na okresy trwania oraz opisy doświadczenia w poszczególnych okresach. Zdaniem odwołującego z wykazu wynika jednak, że Pan Janusz Nowacki posiada jedynie 52 miesiące (4 lata i 4 miesiące) spośród wymaganych przez zamawiającego 5 (pięciu) lat doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że pozycja nr 3 – okres od 15 marca 2011 r. do 28 maja 2012 r. wskazuje na realizację projektu odmiennego od tego, który został narzucony zapisami SIWZ, tj. „Gdański Projekt Komunikacji Miejskiej Etap III, Przebudowa torowisk tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Nowym Porcie zad. 3.7, 3.9, 4.4”. nie odpowiada wymogowi opisanemu w pkt 8.3.2 Lp. 1 SIWZ Tom I - IDW, albowiem przebudowa torowisk tramwajowych nie może zostać uznana jako przebudowa infrastruktury kolejowej.

Zdaniem odwołującego, już samo porównanie zakresów znaczeniowych dwóch pojęć, j. „infrastruktura tramwajowa” i „infrastruktura kolejowa” prowadzi do wniosku, iż nie są to pojęcia tożsame. Podniósł, że roboty budowlane związane z kolejnictwem różnią się znacznie od tych dotyczących sieci tramwajowych nie tylko co do skali, ale także co do zakresu, stopnia skomplikowania oraz specyfiki linii, budowli, budynków oraz urządzeń wchodzących w ich skład. Wskazał, że w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1594) w art. 4 pkt 1 zdefiniowane infrastrukturę kolejową jako *„linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajętyymi pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury”*, a nadto ustawa ta w art. 3 pkt 1 zawiera wyraźnie zastrzeżenie, iż *„przepisów ustawy nie stosuje się do linii tramwajowych”*.

Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia opisanego pkt 8.2.3 i 8.3.2 ppkt 1 SIWZ Tom I IDW), co oznacza, że zamawiający powinien wykluczyć je z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaznaczył, że nie przy tym znaczenia, czy Pan Janusz Nowacki w rzeczywistości spełnia wymogi postawione w SIWZ, albowiem na Konsorcjum spoczywa ciężar wykazania tego faktu; jeżeli zatem swojego obowiązku w tym zakresie Konsorcjum nie zdołało wypełnić, to podlega wykluczeniu z postępowania, a jego ofertę należy uznać za odrzuconą.

Odwołujący podkreślił, iż poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo istnienia ku temu przesłanki, zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosnie do naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący stanął

na stanowisku, że w sytuacji gdy z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów nie wynikało, że Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany pkt 8.2.3 i 8.3.2 ppkt 1 SIWZ Tom I IDW, to zamawiający był zobowiązany do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wskazał, że zamawiający może odstąpić od zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko gdy oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu lub postępowanie podlega unieważnieniu.

Analogicznie, wskazał odwołujący, należy traktować procedurę z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – w sytuacji powzięcia wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający miał obowiązek wezwać Konsorcjum do złożenia stosownych wyjaśnień.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 10 czerwca 2014 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby uznał, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, w tym na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (o co na posiedzeniu wnosili: zamawiający i przystępujący), ponieważ uznał, że pani M. O. była uprawniona do podpisania (złożenia) odwołania, co przesądzało o jego wniesieniu przez podmiot uprawniony. Istotą pełnomocnictwa rodzajowego jest umocowanie określonej osoby do działania w imieniu i na rzecz mocodawcy w określonego rodzaju sprawach. W ocenie składu orzekającego Izby dla wypełnienia wymogu rodzajowości pełnomocnictwa w sprawach z zakresu zamówień publicznych wymagane jest wskazanie w treści pełnomocnictwa co najmniej umocowania do reprezentacji w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Takie pełnomocnictwo zostało załączone do odwołania, ponieważ obejmuje ono umocowanie wskazanej osoby do reprezentowania mocodawcy (NDI S.A. z siedzibą w Sopocie) i upoważnia pełnomocnika do wnoszenia odwołań – w sposób jednoznaczny wyraziło wolę mocodawcy wnoszenia przez ww. osobę odwołań w każdym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Pzp (*„nie wyłączając jakichkolwiek postępowań związanych z zamówieniami publicznymi (...) w tym w szczególności w trybie przewidzianym ustawą z dnia 29.01.2004r. – Prawo zamówień publicznych”*). Nadto przypomnienia

wymaga, że odrzucenia odwołania musi poprzedzać wezwanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do uzupełnienia braków formalnych odwołania, w tym pełnomocnictw potwierdzających umocowanie do reprezentowania odwołującego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca (§ 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48 poz. 280).

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) oraz Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego [dalej także „Protokół”] skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena (pkt 20.9 IDW – Tom I SIWZ) odwołujący złożył ofertę, która nie została odrzucona, z drugą w kolejności najniższą ceną (po ofercie Konsorcjum). Ponieważ zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum i odrzucenia złożonej przez nie oferty, to oznacza to, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty Konsorcjum, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, w tym:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – Tomy I-IV.
2. Zmiana treści SIWZ z dnia 13 lutego 2014 r.
3. Zmiana treści SIWZ z przedłużeniem terminu składania ofert z dnia 7 marca 2014 r.
4. Wezwanie do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów z dnia 26 marca 2014 r., skierowane przez zamawiającego do lidera Konsorcjum (wezwanie do złożenia aktualnej informacji z KRK oraz pełnomocnictwa).
5. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 maja 2014 r.
6. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Izba dopuściła także dowód z zeznań świadka M. N..

Zarzuty:

- przyjęcia przez zamawiającego, że wskazanie w ofercie Konsorcjum terminu realizacji zamówienia niezgodnego z SIWZ podlega poprawieniu jako „inna omyłka” (niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3),
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum (niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), pomimo rażącej niezgodności oferty Konsorcjum z treścią SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia wynikającej ze wskazania w ofercie daty 30 kwietnia 2015 r.,
- przyjęcia, iż termin realizacji zamówienia wskazany w ofercie nie stanowi istotnego elementu oferty (błędna wykładnia i niezastosowanie art. 66 ust. 1 oraz art. 647 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp,
- naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (niezastosowanie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), czego wyrazem jest nieuprawnione poprawienie omyłki w ofercie Konsorcjum oraz wybór tej oferty
nie potwierdziły się.

Na podstawie pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”) – Tom I SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający zażądał realizacji zamówienia w terminie do 30 września 2015 r., zaś na podstawie Załącznika nr 2 do IDW, że zamawiający określił „Czas na ukończenie Robót” – „Od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 do dnia 30 kwietnia 2015 r.,”.

Termin realizacji zamówienia został następnie przez zamawiającego zmieniony – pismem z dnia 13 lutego 2014 r. stanowiącym zmianę treści SIWZ, w którym zamawiający podał nowy termin realizacji zamówienia, tj. 31 sierpnia 2015 r. Tym samym pismem zamawiający zmienił wzór Załącznika nr 2 do IDW i podał czas ukończenia: „Od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 do dnia 31 sierpnia 2015 r.”.

Zamawiający modyfikował SIWZ, poza pismem z dnia 13 lutego 2014 r. „pismem z dnia 7 marca 2014 r. – zmiany dotyczyły miejsca i terminu składania ofert, opisu koperty zawierającej ofertę, terminu otwarcia ofert, Tomu III SIWZ – Programu Funkcjonalno-(1.1.2.4 Przebudowa urządzeń zdalnego sterowania) oraz Tomu IV SIWZ – Rozbicie ceny ofertowej (Tabela 4. Srk – związane z robotami torowymi Lp 3). W związku z tą ostatnią zmianą (Tabela 4) zamawiający udostępnił wykonawcom nowy wzór tabeli 4.

Na podstawie oferty Konsorcjum (str. 4 – wypełniony Załącznik nr 2 do IDW– Tom I SIWZ) skład orzekający Izby ustalił, że Konsorcjum wskazało „Czas na ukończenie Robót”: „Od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 do dnia 30 kwietnia 2015 r.,”.

Pismem z dnia 26 marca 2014 r. zamawiający poinformował lidera Konsorcjum o poprawieniu, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wiersza tabeli Załącznika nr 2, tj. brzmienie: „Od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 do dnia 30 kwietnia 2015 r.„ poprawiono na: „Od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 do dnia 31 sierpnia 2015 r.„ W uzasadnieniu zamawiający podał, że Konsorcjum nie uwzględniło zmiany treści SIWZ dokonanej dnia 13 lutego 2014 r.

Odwolujący dokonaną poprawę uznał za niedopuszczalną zmianę treści oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby dokonana przez zamawiającego poprawa oferty Konsorcjum była dopuszczalna, a i konieczna.

W pierwszej kolejności przypomnienia bowiem wymaga, że poprawa omyłek jest obowiązkiem zamawiającego nałożonym nań przez ustawodawcę (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), co służyć ma zapobieżeniu eliminowania, korzystnych w świetle ustanowionych w danym postępowaniu kryteriów oceny, ofert zawierających drobne nieścisłości, czy nieistotne niezgodności z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Zamawiający zażądał ukończenia robót do 31 sierpnia 2015 r. Uznać zatem należy, że istotnym dla zamawiającego wymogiem było ukończenie robót nie później niż 31 sierpnia 2015 r.

Termin ukończenia robót do 30 kwietnia 2015 r., ujęty przez zamawiającego we wzorze Załącznika nr 2 do IDW, niezmienionym przez zamawiającego, pomimo modyfikacji treści SIWZ co do tegoż terminu (modyfikacji z dnia 13 lutego 2014 r.), niewątpliwie jest jednocześnie terminem ukończenia nie później niż 31 sierpnia 2015 r., a zatem spełniającym wymagania zamawiającego.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że nieracjonalnym jest przyjęcie założenia, że zamiarem jakiegokolwiek wykonawcy jest przygotowanie i złożenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. złożenie oferty, która nie spełnia postawionych przez zamawiającego wymogów, w tym co do terminu, ponieważ oznacza to, że oferta taka zostanie przez zamawiającego odrzucona (w wyniku czynności „własnych” zamawiającego, czy też czynności zamawiającego, podjętych w wyniku skorzystania przez innych wykonawców ze środków ochrony prawnej), a tym samym cel złożenia oferty (konkurowanie o zamówienie i jego uzyskanie) nie będzie możliwy do zrealizowania. Niezgodności treści ofert wykonawców z treścią SIWZ niejednokrotnie są wynikiem błędnej interpretacji oczekiwań (wymagań) zamawiającego zawartych w treści SIWZ. Nie sposób jednak dostrzec

jakichkolwiek trudności w zrozumieniu, jakiego terminu realizacji (ukończenia robót) żąda zamawiający, gdy termin ten jest wskazany wprost np. do 31 sierpnia 2015 r.

W przedmiotowym stanie faktycznym nieracjonalnym i sprzecznym z doświadczeniem życiowym jest przyjęcie, że Konsorcjum, pomimo wyraźnego wskazania przez zamawiającego terminu do 31 sierpnia 2015 r., zamierzało zaproponować termin ukończenia robót do 30 kwietnia 2015 r., tj. krótszy o 4 miesiące, a zatem „bardziej napięty”, tym bardziej w przedmiotowym postępowaniu, gdzie krótszy termin realizacji nie zwiększa szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, ponieważ jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena (pkt 20.9 IDW).

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko zamawiającego, iż oświadczenie woli Konsorcjum (ofertę) należy wyklądać z zastosowaniem art. 65 § 1 k.c. (nie było to kwestionowane przez odwołującego).

W przedmiotowym stanie faktycznym oznacza to konieczność uwzględnienia, poza okolicznościami wskazanymi powyżej, również:

1. okoliczności, że zamawiający nie nadał wzorowi Załącznika nr 2, po zmianach z dnia 13 lutego 2014 r., treści uwzględniającej dokonaną, co do terminu ukończenia robót, zmianę – zamawiający nie wprowadził „wersji ujednocionej” tego Załącznika, chociaż w przypadku innej dokonanej przez zamawiającego zmiany [dotyczącej Tabeli 4 Tomu IV SIWZ (Rozbicie ceny ofertowej)] zamawiający sporządził i udostępnił wykonawcom wersję ujednoliczoną tej Tabeli; skłania to raczej do uznania, że to zamawiający omyłkowo nie zmienił wzoru Załącznika nr 2 do IDW,
2. nakazu dołączenia do oferty wypełnionych przez wykonawcę dokumentów dołączonych do SIWZ (załączniki wg wzorów), przy jednoczesnym zakazie dokonywania przez wykonawców w treści załączonych do SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeni, poprawek, dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych np. przypisem (pkt 12.5 i 12.6 IDW).

Uwzględnienie wszystkich wskazanych okoliczności prowadzi do wniosku, że niezgodność polegająca na wskazaniu przez Konsorcjum w Załączniku nr 1 terminu ukończenia robót: „30 kwietnia 2015 r.” – poprzez pozostawienie tego terminu zgodnie ze wzorem Załącznika nr 2 do IDW (co jednocześnie było zgodne z pkt 12.5 i 12.6 SIWZ) w sytuacji, gdy termin ten został 13 lutego 2014 r. zmieniony (przy niezmiennym wzorze Załącznika nr 2) – wymagało poprawy: na „31 sierpnia 2015 r., co doprowadziło do zgodności oferty z SIWZ. Omyłka w ofercie Konsorcjum to w istocie powielenie omyłki

zamawiającego, który zmieniając termin ukończenia robót nie zmienił wzoru Załącznika nr 2 do IDW przy postawionych restrykcyjnych postanowieniach pkt 12.5 i 12.6 IDW (co uznać należy za „zwolnienie” wykonawców od monitorowania zgodności oferty z SIWZ przy stosowaniu wzorów narzuconych przez zamawiającego).

Jak wskazano powyżej termin ukończenia robót do 30 kwietnia 2015 r. jest jednocześnie terminem ukończenia nie później niż 31 sierpnia 2015 r., a zatem spełniającym wymagania zamawiającego, stąd dokonana poprawa nie był istotna – istotność zmian winna być oceniana z punktu widzenia wymagań zamawiającego.

W konsekwencji uznania, że zamawiający dokonał poprawy oferty Konsorcjum zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co doprowadziło do zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a w dalszej kolejności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia Konsorcjum (niezastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), pomimo tego, że Konsorcjum to nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.
- naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (niezastosowanie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), czego wyrazem jest dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, pomimo iż podlegało ono wykluczeniu.
- zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (niezastosowanie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp) potwierdziły się częściowo.

Na podstawie pkt 8.2.3 i 8.3.2. SIWZ [Tom I – Instrukcja dla wykonawców (dalej nadal „IDW”)] skład orzekający Izby ustalił, że w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wprowadził wymóg dysponowania (obok Projektanta-koordynatora) osobą na stanowisko Kierownika Budowy, który:

1. posiada uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej do kierowania robotami budowlanymi, takimi jak: stacja, węzeł, linia i bocznicą kolejową,
2. co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy/Kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409) na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej.

Na podstawie oferty Konsorcjum (str. 33 – Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia) skład orzekający Izby ustalił, że na stanowisko Kierownika Budowy Konsorcjum zaproponowało pana Janusza Nowackiego, którego doświadczenie opisano w 8 pozycjach, a wśród nich: „Gdański Projekt Komunikacji Miejskiej Etap III, Przebudowa torowisk Tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Nowym Porcie zad. 3.7, 3.9, 4.4.”.

Na rozprawie zamawiający potwierdził (str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy), że jedynie przy uwzględnieniu wszystkich pozycji doświadczenia wskazanych w odniesieniu do pana J. N. możliwe było uznanie, że osoba ta posiada 5-letnie doświadczenie.

Odwołujący zakwestionował, że doświadczenie zdobyte przez pana Janusza Nowackiego przy realizacji „Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej Etap III, Przebudowa torowisk Tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Nowym Porcie zad. 3.7, 3.9, 4.4.” jest doświadczeniem spełniającym postawiony w pkt. 8.3.2 IDW wymóg, ponieważ „przebudowa torowisk tramwajowych nie może zostać uznana jako przebudowa infrastruktury kolejowej” (str. 10 odwołania – czwarty akapit). Odwołujący wskazał, że pan Janusz Nowacki „posiada jedynie 52 miesiące (4 lata i 4 miesiące) spośród wymaganych przez Zamawiającego 5 (pięciu) lat doświadczenia” (str. 10 odwołania – akapit trzeci).

Na podstawie powyższych ustaleń oraz stanowiska zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie skład orzekający Izby jako niesporne przyjął, iż niezbędnym dla stwierdzenia, że Konsorcjum dysponuje osobą na stanowisko Kierownika Budowy jest uznanie, że doświadczenie zdobyte przez pana J. N. przy projekcie „Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej Etap III, Przebudowa torowisk Tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Nowym Porcie zad. 3.7, 3.9, 4.4.” zostało zdobyte „na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej”.

W ocenie składu orzekającego Izby doświadczenie zdobyte przez pana Janusza Nowackiego przy projekcie „Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej Etap III, Przebudowa torowisk Tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Nowym Porcie zad. 3.7, 3.9, 4.4.” nie może zostać uznane za doświadczenie zdobyte „na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej”.

Rację ma zamawiający co do tego, iż pojęciu „infrastruktura kolejowa”, jakim zamawiający się posłużył, opisując wymagane doświadczenie Kierownika Budowy, nie można nadać znaczenia, jakie wynika z definicji legalnej „infrastruktury kolejowej” zawartej

w art. 4 pkt 1) ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j.Dz. U. z 2013 r., poz. 1152 z późn. zm.), ponieważ takiego odesłania (do ustawy o transporcie kolejowym) postanowienia SIWZ nie zawierają.

Myli się jednak zamawiający twierdząc, iż pojęcie „infrastruktura kolejowa”, jakim się posłużył, opisując wymagane doświadczenie Kierownika Budowy, winno być odczytywane przez pryzmat żądanych uprawnień budowlanych, ponieważ zamawiający postawił wobec Kierownika Budowy dwa odrębne wymogi: pierwszy odnoszący się do uprawnień – kwalifikacji zawodowych (tak też nazwał je zamawiający), drugi odnoszący się do doświadczenia zdobytego na robotach opisanych przez zamawiającego jako roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej, a brak w postanowieniach SIWZ wskazania „nadrzędnego” znaczenia uprawnień wobec doświadczenia.

Twierdzenie zamawiającego (str. 13 odpowiedzi na odwołanie – trzeci akapit), że to uprawnienia miały dla zamawiającego kluczowe znaczenie nie znajduje żadnego potwierdzenia w postanowieniach SIWZ. Deprecjonowanie przez zamawiającego wymogu co do doświadczenia o opisanym w SIWZ charakterze, poprzez przypisywanie kluczowego znaczenia uprawnieniom budowlanym w specjalności kolejowej, sprowadzałoby się w istocie do przyzwolenia na uznanie każdego doświadczenia zdobytego przez osobę z uprawnieniami budowlanymi w specjalności kolejowej.

W ocenie składu orzekającego Izby interpretacja postanowień SIWZ winna być w takim przypadku dokonana z zastosowaniem wykładni językowej, tj. pojęciu „kolejowy” należy nadać znaczenia, jakie przyjmuje się na gruncie języka polskiego – „kolejowy” to „dotyczący kolei i kolejnictwa, związany z ruchem pociągów, podróżowaniem koleją, pracą na kolei”.

W świetle wskazanego rozumienia pojęcia „kolejowy”, infrastrukturę kolejową należy rozumieć jako infrastrukturę dotyczącą kolei, związana z ruchem pociągów, a jeśli tak, to nie można twierdzić, że infrastruktura kolejowa to także infrastruktura dotycząca tramwajów, związana z ruchem tramwajów.

Wobec wystarczającego odwołania się do wykładni językowej w celu ustalenia znaczenia postawionego wymogu co do doświadczenia Kierownika Budowy skład orzekający Izby nie znalazł podstaw, aby uznać dopuszczalność odczytywania wymogu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy przez pryzmat praktyki branży budowlanej.

Zeznania świadka (na okoliczność, iż w budownictwie istnieje praktyka kierowania robotami budowlanymi w przedmiocie budowy linii tramwajowych przez osoby posiadające uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej) były tym samym dla rozstrzygnięcia nieprzydatne.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, że nie może pomijać i odmawiać akceptacji dla doświadczenia związanego z kierowaniem budową linii tramwajowych z tego względu, że spotkałby się z zarzutem działania dyskryminacyjnego, które w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia zawężyło krąg osób, które były zdolne do wykonania zamówienia skład orzekający Izby wskazuje, że postanowienia pkt. 8.3.2. SIWZ zostały przez wykonawców zaakceptowane, poprzez brak ich kwestionowania z wykorzystaniem przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej, a zatem stały się wiążące – tak dla wykonawców, jak i zamawiającego.

Nadto, przypomnienia wymaga, że wymóg doświadczenia Kierownika Budowy na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej, nie zaś wymóg doświadczenia Kierownika Budowy na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej lub infrastruktury tramwajowej był podstawą decyzji potencjalnych wykonawców co do możliwości ich udziału w przedmiotowym postępowaniu (innymi słowy wymóg ten mógł spowodować rezygnację z udziału w przedmiotowym postępowaniu niektórych wykonawców).

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że doświadczenie zdobyte przez pana J. N. przy realizacji „Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej Etap III, Przebudowa torowisk Tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Nowym Porcie zad. 3.7, 3.9, 4.4.” nie mogło zostać uznane za doświadczenie spełniające postawiony w pkt. 8.3.2 IDW wymóg, co w konsekwencji oznacza, że osoba ta nie legitymuje się żądanym 5-letnim doświadczeniem, a wykonawca nie wykazał dysponowania osobą Kierownika Budowy.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby uznał, że nie może to stanowić podstawy wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający zobligowany jest, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dać Konsorcjum szansę wykazania dysponowania osobą Kierownika Budowy.

Z tego względu skład orzekający Izby nie uznał zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum (byłoby to przedwczesne), ale nakazał zamawiającemu, wobec tego, iż wezwanie w tym zakresie nie było do tej pory do Konsorcjum kierowane, wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie osobą na stanowisko Kierownika Budowy (uznał zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów). Dokumentami tymi są dokumenty wskazane w pkt. 9.1.4. IDW.

Skład orzekający wskazuje, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia skład orzekający Izby uznał, że potwierdził się także zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, ponieważ złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą dokumenty nie pozwalają uznać, że wykonawca spełnia warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co oznacza wybór tej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co niewątpliwie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów odwołanie zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: