

Sygn. akt: KIO/UZP 1098/08

WYROK
z dnia 24 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach*~~ 24 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum odcinka Szymankowo – Pruszcz Gdański w składzie: PKP Energetyka Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., FEROCO S.A., Bombardier Transportation ZWUS Polska Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu ~~protestów*~~ z dnia 15 września 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Salcef Costruzioni Edili e Ferroviare S.p.A. S.A. Oddział w Polsce, 00-842 Warszawa, ul. Łucka 15/616 (Lider Konsorcjum), Salcef Costruzioni Edili e Ferroviare S.p.A. 00158 Rzym Via di Pietralata 140, Bonciani S.p.A, 48100 Ravenna Viale Leon Battista Alberti n.22, ACMAR S.c.p.A 48100 Ravenna Via Girolamo Rosii n.5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, oraz wykluczenie z udziału w postępowaniu Przystępującego wraz z odrzuceniem jego oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum odcinka Szymankowo – Pruszcz Gdański w składzie: PKP Energetyka Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., FEROCO S.A., Bombardier Transportation ZWUS Polska Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Konsorcjum odcinka Szymankowo – Pruszcz Gdański w składzie: PKP Energetyka Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., FEROCO S.A., Bombardier Transportation ZWUS Polska Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum odcinka Szymankowo – Pruszcz Gdański w składzie: PKP Energetyka Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., FEROCO S.A., Bombardier Transportation ZWUS Polska Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67.**

U z a s a d n i e

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizację linii kolejowej E 65 Warszawa - Gdynia na odcinku od*

km 287,700 (na szlaku Szymankowo - Lisewo) do km 315,700 (na szlaku Pszczółki - Pruszcz Gdański) objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania w Tczewie, w ramach Projektu Nr 2005/PL/16/C/PT/001 "Modernizacja linii kolejowej E - 65, odcinek Warszawa - Gdynia, Etap II", zostało wszczęte przez PKP Polskie Lnie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwanym dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 39-053632 w dniu 26.02.2008 r.

W dniu 09.09.2008 r. faxem Zamawiający przekazał uczestnikom przedmiotowego postępowania zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, Konsorcjum firm:

1) Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.p.A., 00158 Rzym, Via di Pietralata 140;
2) Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.p.A., Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Łucka 15/616, 00-842 Warszawa; 3) Bonciani S.p.A., 48100 Ravenna, Viale Leon Battista Alberti, n. 22; 4) ACMAR S.c.p. A., 48100 Ravenna Via Girolamo Rossi, n. 5 reprezentowane przez lidera Konsorcjum: Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.p.A., Spółka Akcyjna Oddział w Polsce zwane dalej: „Konsorcjum SALCEF”, jak również poinformował o odrzuceniu jednej z ofert. Drugą pozycję w rankingu oceny ofert zajęło Konsorcjum odcinka Szymankowo - Pruszcz Gdański w składzie:

1) „PKP Energetyka” Sp. z o.o., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa; 2) Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa; 3) FEROCO S.A., ul. Chłapowskiego 19, 61-503 Poznań; 4) Bombardier Transportation (ZWHS) Polska Sp. z o. o., ul. Modelarska 12,40-142 Katowice; 5) Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk; 6) Torpol Sp. z o.o., ul. Mogieleńska 10 G, 61-052 Poznań reprezentowane przez lidera Konsorcjum: „PKP Energetyka” Sp. z o.o. zwane dalej: „Konsorcjum odcinka Szymankowo - Pruszcz Gdański”, „Protestującym” lub „Odwołującym”.

W dniu 15.09.2008 r. (*wpływ bezpośredni*) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum odcinka Szymankowo - Pruszcz Gdański złożyło protest na:

1. dokonanie uznania, przez Zamawiającego, oferty Wykonawcy Konsorcjum SALCEF za najkorzystniejszą oraz wybór tej oferty;
2. zaniechanie dokonania, przez Zamawiającego, czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum SALCEF, które złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

3. zaniechanie dokonania, przez Zamawiającego, czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum SALCEF, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
4. zaniechanie dokonania, przez Zamawiającego, czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum SALCEF, które nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
5. zaniechanie uznania, przez Zamawiającego oferty Konsorcjum SALCEF za odrzuconą.

Protestujący wskazał, iż Zamawiający naruszył: art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Ponadto, żąda:

1. uwzględnienia niniejszego protestu;
2. unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum SALCEF i wyboru tej oferty;
3. ponownego dokonania czynności oceny ofert;
4. wykluczenia z postępowania Konsorcjum SALCEF, które złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
5. ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący podniósł, iż naruszenie Pzp przez Zamawiającego spowodowało naruszenie jego interesu prawnego. Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta Protestującego jest drugą najkorzystniejszą po ofercie Konsorcjum SALCEF. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, Konsorcjum SALCEF powinno zostać wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Tym samym oferta Protestującego winna być uznana za najkorzystniejszą w toczącym się postępowaniu, co powinno skutkować udzieleniem Protestującemu zamówienia. Powyższe, jego zdaniem, niezbitnie dowodzi istnienia interesu prawnego Protestującego i - w myśl art. 179 ust. 1 Pzp - legitymuje do wniesienia protestu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Protestujący wskazał na następujące okoliczności. Konsorcjum SALCEF złożyło w postępowaniu nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie z pkt 13.1.c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ”: *„kompletna oferta musi zawierać wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności - wypełniony Załącznik nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje”*. Konsorcjum SALCEF, jak stwierdził Protestujący, wskazało jako kierownika robót torowych Pana Mirosława D. Protestujący wskazał, że dysponuje pismem podpisanym przez Pana Mirosława D., w którym zostało

złożone oświadczenie następującej treści: „oświadczam, że nie wyrażałem zgody na umieszczenie mojego nazwiska i moich danych osobowych dla firmy SALCEF do przetargu na modernizację linii E 65 na odcinku LCS Tczew stacje: Tczew i Pszczółki oraz szlaki: Szymankowo - Tczew, Tczew - Pszczółki, Pszczółki - Pruszcz Gdański". Załączając dowód w postaci kserokopia oświadczenia wskazanej osoby. Powyższe przesądza, zdaniem Protestującego, iż Konsorcjum SALCEF złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania osobą kierownika robót torowych. Złożenie nieprawdziwych informacji skutkowało uznaniem przez Zamawiającego oferty Konsorcjum SALCEF jako najkorzystniejszej i wyborem tej oferty, a zatem złożenie tych informacji bez jakichkolwiek wątpliwości miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z powyższego jednoznacznie wynika, zdaniem Protestującego, że Konsorcjum SALCEF podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zaniechanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego rażąco narusza przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Z ostrożności, Protestujący wskazał dodatkowo, że w zaistniałej sytuacji, tj. złożenie przez Konsorcjum SALCEF nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, uniemożliwia zastosowanie procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp - wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bowiem oferta Konsorcjum SALCEF w tej sytuacji winna zostać uznana za odrzuconą.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, iż Konsorcjum SALCEF nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a tym samym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega wykluczeniu z postępowania. Konsekwencją wykluczenia z postępowania Konsorcjum SALCEF, zdaniem Protestującego, winno być unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzenie przez Zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący wskazał także, iż Konsorcjum SALCEF powinno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 8.1.2. SIWZ: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia". Z kolei zgodnie z pkt 8.2.1.b), w zakresie warunku określonego w punkcie 8.1.2. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że dysponuje kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń. Natomiast, zgodnie z § 20 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych

w budownictwie (Dz. U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578): „*uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: stacja, węzeł, linia i bocznicą kolejowa oraz z nimi związane inne budowle kolejowe, w rozumieniu przepisów o warunkach technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe, z wyłączeniem budowli, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 2, oprócz przepustów*”.

Konsorcjum SALCEF, zdaniem Protestującego, wskazało jako kierownika budowy Pana Adama S., który zgodnie ze złożoną ofertą posiada:

- uprawnienia kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych niskiego napięcia,
- oraz uprawnienia kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego.

Protestujący stwierdził, iż uprawnienia budowlane, które posiada Pan Adam S. nie odpowiadają wymaganym przez Zamawiającego uprawnieniom w specjalności kolejowej. Podobnie, jak wskazał Protestujący, uznał także Zamawiający, wzywając Konsorcjum SALCEF do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy - pismo z dnia 13.08.2008 r. Wskazał, że zakres uprawnień budowlanych należy rozpatrywać w oparciu o decyzję, na podstawie której uzyskano uprawnienia budowlane, a także przepisy obowiązujące w dacie wydania decyzji. Jego zdaniem, stanowisko Konsorcjum SALCEF wyrażone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest całkowicie chybione. Stwierdził, iż Konsorcjum SALCEF wskazało m.in., że: „*Mimo dużej dozy niepewności z tym związanej, wynikającej m.in. z braku regulacji przejściowych w w/w rozporządzeniach, w myśl konstytucyjnych zasad ochrony praw nabytych, pewności prawa i jednolitości systemu prawnego, należy uznać, iż wraz z wejściem w życie nowych rozporządzeń o samodzielnych funkcjach technicznych w budownictwie, uprawnienia uprzednio zdobyte przez konkretne osoby podlegają automatycznej kwalifikacji według nowego podziału specjalizacji*”. Teza powyższa jest, zdaniem Protestującego, absolutnie błędna. Nie znajduje również oparcia w przepisie art. 104 ustawy dnia 07.07.1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Prawem budowlanym*”, zgodnie z którym: „*osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie*”, a także w postanowieniach wydawanych przez Krajową Komisję Kwalifikacyjną przy Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa.

Mając na uwadze powyższe, Protestujący stwierdził, że Pan Adam S. posiada uprawnienia budowlane w zakresie jedynie urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego.

Jego uprawnienia z całą pewnością nie obejmują wymaganych przez Zamawiającego stacji, węzłów, linii i bocznic kolejowych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13.08.2008 r., Konsorcjum SALCEF wskazało co prawda, że w jego ocenie, uprawnienia budowlane Pana Adama S. są wystarczające do pełnienia przez niego funkcji kierownika budowy, niemniej jednak uzupełniło żądane przez Zamawiającego dokumenty, wskazując na stanowisko kierownika budowy Pana Ryszarda W. Z załączonych dokumentów wynika jednakże zdaniem Protestującego, że Pan Ryszard W. jest upoważniony na mocy decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego nr 86/94/ZG z dnia 12.12.1994 r. do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, peronów, ramp oraz typowych przepustów i mostów. Dołączono także życiorys zawodowy Pana Ryszarda W., z którego wynika, że pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od IV 1985 r. do V 1994 r. w Spółdzielni Produkcyjno-Usługowej w Sulechowie.

Protestujący wskazał, że również ta osoba, jego zdaniem, nie spełnia opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnione wątpliwości Protestującego związane są, jak wskazał, z wykazaniem przez Konsorcjum SALCEF, iż Pan Ryszard W. pełnił funkcję kierownika budowy przed uzyskaniem uprawnień do wykonywania tej funkcji. Z dołączonego wykazu wynika, że rzekomo Pan Ryszard W. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od roku 1985 do roku 1994, natomiast uprawnienia do sprawowania tej funkcji Pan Ryszard W. uzyskał dopiero 12.12.1994 r. Protestujący podniósł, że sprawowanie funkcji kierownika budowy regulowane jest przepisami Prawa budowlanego. Art. 12 tej ustawy wskazuje, jak podniósł Protestujący, że funkcja kierownika budowy, obok funkcji projektanta, czy inspektora nadzoru budowlanego jest jedną z samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Sprawowanie tychże funkcji warunkowane jest posiadaniem uprawnień do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, co oznacza, że przed uzyskaniem stosownych uprawnień, brak jest możliwości ich sprawowania.

Stanowisko Protestującego w powyższym zakresie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów okręgowych. M.in. w wyroku z dnia 28.05.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 186/07 Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, że: *„zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w obecnym brzmieniu, za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą m.in. kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi (pkt 2). Samodzielne funkcje*

techniczne w budownictwie, określone w ust. 1 pkt 1-5 mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, - stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego (art. 12 ust. 2 ustawy)”. Powyższe dało sądowi, jak wskazał Protestujący, podstawę do stwierdzenia, że: „W ocenie Sądu Okręgowego nie można było skutecznie wykazać 5 -letniego doświadczenia (...) jako kierownika robót, gdy nie posiadał on w tym okresie uprawnień do pełnienia takiej funkcji. Istotne warunki zamówienia publicznego są wprawdzie określane przez zamawiającego w SIWZ, jednak pozostają w zasięgu stosowania przepisów powszechnie obowiązującego prawa i podlegają interpretacji przez jego pryzmat. (...) Skoro przepisy te wskazywały, że kierować robotami budowlanymi może tylko osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane, stwierdzone decyzją właściwego organu, to niezasadnym było powoływanie się skarżącego na okres „faktycznego” zajmowania się przez (...) robotami budowlanymi. Z uwagi na to niecelowym byłoby dopuszczenie dowodów dotyczących zakresu obowiązków (...) w okresie poprzedzającym wydanie decyzji”.

Powyższe oznacza, zdaniem Protestującego, że również w zakresie doświadczenia Pana Ryszarda W., Konsorcjum SALCEF złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkowało winno wykluczeniem Konsorcjum SALCEF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto, wobec powyższego, należy również uznać, iż Konsorcjum SALCEF nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem budowy co skutkowało winno wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Niezależnie od powyższego, Protestujący wskazał, że Zamawiający na skutek uzupełnienia przez Konsorcjum SALCEF dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dopuścił do nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty, czym naruszył przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Protestujący podniósł, że identyczna sytuacja miała miejsce w prowadzonym przez tego samego Zamawiającego postępowaniu na wykonanie robót budowlanych polegających dla kompleksowej modernizacji stacji i szlaków w obszarze LCS Działdowo. W tym postępowaniu, Zamawiający w oparciu o wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z dnia 23.04.2008 r., sygn. akt: IV Ca 223/08, wykluczył Konsorcjum SALCEF, wskazując na niedopuszczalność wskazania nowej osoby, nie wskazanej w ofercie, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Protestujący stwierdził, że Konsorcjum SALCEF złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a tym samym, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega

wykluczeniu z postępowania. Konsekwencją wykluczenia z postępowania Konsorcjum SALCEF winno być unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie przez Zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zaniechanie dokonania powyższych czynności przez Zamawiającego, jak stwierdził Protestujący, stanowi naruszenie opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszając tym samym interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia.

W dniu 16.09.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 19.09.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum SALCEF w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu, jako bezzasadnego.

Przystępujący wskazał, iż ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, gdyż w wyniku dokonania przez Zamawiającego badania i oceny ofert, oferta Przystępującego jest ofertą z najniższą ceną i została wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Przystępującego, czynność badania i oceny oferty Przystępującego została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo, tj. zgodnie z przepisami Pzp. Uwzględnienie protestu wniesionego przez Konsorcjum i wybór jego oferty pozbawi Protestującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, stwierdził, co następuje. Protestujący załączając oświadczenie Pana Mirosława D. o treści: *„oświadczam, że nie wyrażałem zgody na umieszczanie mojego nazwiska i moich danych osobowych dla firmy Salcef do przetargu na modernizację linii E 65 na odcinku LCS Tczew stacje: Tczew i Pszczółki oraz szlaki: Szymaszkowo - Tczew, Tczew - Pszczółki, Pszczółki - Pruszcz Gdański”* z dnia 7.08.2008 r. twierdzi na tej podstawie, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Należy w pierwszej kolejności stanowczo stwierdzić, jak zauważył Przystępujący, iż Konsorcjum SALCEF otrzymało zgodę Pana Mirosława D. na wykorzystanie jego danych w przedmiotowym przetargu i na wykorzystanie jego usług i doświadczenia w trakcie realizacji ewentualnych robot przewidzianych w przetargu. Informacja, iż Pan Mirosław D. nie wyraził zgody na dysponowanie jego danymi i osobą w ramach przedmiotowego postępowania jest zatem całkowicie fałszywa. Konsorcjum SALCEF zostało przy tym całkowicie zaskoczona treścią pisma podpisanego przez Pan Mirosława D., które zostało załączone do protestu.

Przystępujący stwierdził, iż nie sposób nie zauważyć, iż okoliczności związane ze złożeniem przez Pana Mirosława D. przedmiotowego oświadczenia są wysoce niejasne i mogą wzbudzać uzasadnione podejrzenia co do ich zgodności z prawem. W celu wyjaśnienia tych okoliczności koniecznym jest wyłożenie stanu faktycznego związanego z zaistniałą skandaliczną sytuacją. Przystępujący wskazał, iż po uzyskaniu zgody od Pana Mirosława D. na wykorzystanie jego danych w przedmiotowym przetargu. Pan Mirosław D. przekazał dokumentację dotyczącą jego doświadczenia i uprawnień współpracownikom Konsorcjum SALCEF (na dowód tych faktów możliwym jest przesłuchanie S. B. z Transport Consulting, który prowadził bezpośrednie kontakty w tym względzie z Panem Mirosławem D.). W pełnym i uzasadnionym przekonaniu, iż całość dokumentacji i referencji Pana Mirosława D. jest do dyspozycji Konsorcjum SALCEF. Wobec powyższego Konsorcjum SALCEF złożyło ofertę w przedmiotowym przetargu zawierającą dane Pana Mirosława D. Przystępujący stwierdził, iż ku zdziwieniu Konsorcjum SALCEF okazało się, że Pan Mirosław D. złożył oświadczenie, w którym wskazuje na brak udzielenia zgody na wykorzystanie jego danych w postępowaniu przetargowym. Przystępujący zauważył przy tym, iż powyższe oświadczenie nigdy nie zostało dostarczone przez Pana Mirosława D. Konsorcjum SALCEF, co samo przez się jest okolicznością nielogiczną i rodzącą określone pytania. W zaistniałym stanie rzeczy, Przystępujący zauważył, że nie sposób nie zadać sobie kilku pytań, których odpowiedzi prowadzą w opinii Przystępującego do jednego, niepokojącego wniosku.

Skora zdaniem Pana Mirosława D. nie wyrażał on nigdy zgody na wykorzystanie jego osoby przez Przystępującego w przedmiotowym przetargu, w jaki sposób uzyskał informacje, iż jego dane zostały wykorzystane. Pytanie to może mieć, zdaniem Przystępującego jedynie dwie odpowiedzi, obie wskazujące na złą wolę Pana Mirosława D. i ewentualnego podmiotu trzeciego, który najwidoczniej miał interes w utrudnieniu Przystępującemu wygrania przetargu. Bowiem albo Pan Mirosław D. kłamie twierdząc, iż nie wyrażał zgody na wykorzystanie jego osoby przez spółkę Przystępującego albo został poinformowany o wykorzystaniu jego osoby przez wykonawcę przez podmiot trzeci. Oczywiście tym podmiotem trzecim mógł być jedynie podmiot, który miał dostęp do ofert uczestników postępowania przetargowego w okresie badania ofert.

Dlaczego Pan Mirosław D., który uważał, że Przystępujący naruszył jego prawa, nie poinformował jej o wykorzystaniu jego danych bez pozwolenia. Dlaczego oświadczenie Pana Mirosława D. o nie wyrażeniu zgody na wykorzystanie danych dotyczących jego osoby przez Przystępującego nigdy nie zostało do niej wysłane. Logicznym zachowaniem osoby pozostającej w dobrej wierze, zdaniem Przystępującego, powinno było być poinformowanie Przystępującego o rzekomym nadużyciu w celu otrzymania przynajmniej wyjaśnień na temat zaistniałych okoliczności. Jednakże, w przedmiotowej sprawie Pan Mirosław D. nawet nie próbował skontaktować się z Przystępującym, dopuszczając się de facto zachowania

odznaczającego się wyraźnie wolą pokrzyżowania jego planów w zakresie przedmiotowego przetargu.

W jaki sposób Protestujący wszedł w posiadanie oświadczenia Pana Mirosława D. Jak to możliwe, że przedmiotowe oświadczenie było w posiadaniu Protestującego, a nie dotarło nigdy do Przystępującego.

W mniemaniu Przystępującego, zaistniała sytuacja nie może nie wzbudzać podejrzeń co do kryminalnego tła całej sytuacji.

Przystępujący stwierdził, iż uzyskał pozwolenie na wykorzystanie danych Pana Mirosława D., który, z nieznanym Przystępującemu choć oczywistych względów złożył oświadczenie sprzeczne z wiążącymi zapewnieniami przekazanymi Wykonawcy.

Przystępujący zastrzegł, iż wobec jaskrawej próby naruszenia jej interesów w sposób jej zdaniem rażąco niezgodny z prawem i dobrymi obyczajami, ma zamiar skorzystać z wszelkich dostępnych prawem środków, również o charakterze międzynarodowym, w celu wyjaśnienia wszelkich niejasności występujących w niniejszej sprawie oraz w celu ewentualnego pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu lub podmiotów, których zachowania okazałyby się niezgodne z obowiązującymi przepisami.

Ponadto, Przystępujący stwierdził, iż również pod względem formalnoprawnym protest oparty na powyżej omawianej podstawie jest pozbawiony jakiegokolwiek zasadności. Po pierwsze, stwierdził, że brak złożenia wraz z ofertą oświadczenia osoby wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o wyrażeniu zgody na ujawnienie danych osobowych w ofercie, nie może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, ani też przesłanką do stwierdzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie bowiem z art. 25 Pzp, jak wskazał Przystępujący, Zamawiający może wymagać od wykonawców jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zatem zgoda taka nie jest konieczna. Wykonawca nie jest bowiem zobowiązany w jakikolwiek sposób wykazać, iż jest uprawniony do dysponowania danymi osobowymi współpracowników, którymi ma zamiar się posłużyć w związku z ewentualną realizacją, zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do badania relacji pomiędzy Wykonawcą, a jego współpracownikami, a tym bardziej nie jest uprawniony do ewentualnego żądania dokumentacji potwierdzającej fakt uzyskania przez Wykonawcę zgody od konkretnej na wykorzystanie jej danych osobowych. Za przedmiotowe stosunki ponosi pełną odpowiedzialność Wykonawca oraz jego współpracownik, a Zamawiający nie ma uprawnień, które pozwalałyby mu na wykluczenie wykonawcy z przetargu lub zmiany oceny jego oferty ze względu na podejrzenia w okresie realnej możliwości skorzystania przez Wykonawcę z danych osób wymienionych w ofercie. Przystępujący na marginesie wskazuje, iż wykazanie uprawnień do dysponowania przez Wykonawcę danymi jego

współpracowników wskazanych w ofercie nie było warunkiem uczestnictwa w przetargu postawionym przez Zamawiającego; jak wyżej wskazano, taki warunek nie jest również przewidziany prawem. Z tych też względów ewentualne wykluczenie Wykonawcy, czy wezwanie go do uzupełnienia dokumentacji, nie może dotyczyć okoliczności nie przewidzianych w warunkach udziału w przetargu (a z taką okolicznością, zdaniem Przystępującego mamy właśnie do czynienia).

Po drugie, Przystępujący, uzyskawszy zgodę Pana Mirosława D. na wykorzystanie jego danych w ofercie złożonej przez Konsorcjum SALCEF w przedmiotowym przetargu, zawarł z Panem Mirosławem D. umowę obustronnie zobowiązującą, która nie została w żaden sposób rozwiązana przez żadną ze stron. Oświadczenie Pana Mirosława D., bowiem po pierwsze nie zostało nigdy wystosowane do Przystępującego, a zatem nie rodzi wobec niej żadnych skutków prawnych. Po drugie przedmiotowe oświadczenie nie zmierza do rozwiązania stosunku prawnego nawiązanego z Przystępującym (nie jest bowiem oświadczeniem woli) lecz jest stwierdzeniem na temat określonych, nieprawdziwych, okoliczności faktycznych (jest zatem oświadczeniem wiedzy). Z tego też względu Zamawiający nie posiada żadnych podstaw by uznać za nieistniejący stosunek prawny pomiędzy Przystępującym, a Panem Mirosławem D., który, w razie niewykonania przyjętych na siebie obowiązków, zostanie zmuszony do poniesienia odpowiedzialności przewidzianej w przepisach prawa.

Po trzecie, niezależnie od powyższych okoliczności, Przystępujący stwierdził, iż dysponuje potencjałem kadrowym w pełni zdolnym do wykonania zamówienia i w razie potrzeby wywołanej zachowaniem Pana Mirosława D. jest w stanie wskazać inną osobę, która w przypadku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego pełnić będzie funkcję kierownika robót torowych. Możliwość zastąpienia wskazanej w ofercie osoby inną jest zresztą oczywista zarówno w świetle orzecznictwa, jak i literatury przedmiotu. W tym względzie Przystępujący przytoczył następujące orzeczenia i odnośniki do literatury niezbieżnie potwierdzających wyrażony powyżej pogląd:

1. Zespół Arbitrów przy Prezesie UZP w wyroku z 8 lutego 2006 r. sygn. UZP/ZO/0-31/06, stwierdził: *„Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zamawiający wzywa Wykonawców do uzupełnienia dokumentów, w przypadku gdy w wyznaczonym terminie nie złożą dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału. Ponieważ odwołujący się nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu zachodziły podstawy do zastosowania procedury określonej wskazanym przepisem. Zdaniem zespołu arbitrów dopuszczalne jest wskazanie przez Wykonawcę innego geodety posiadającego uprawnienia w pełnym zakresie. (...) Wbrew zarzutom zamawiającego zmiana tego dokumentu nie stanowi zmiany treści oferty, gdyż on*

sam jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie stanowi treści oferty".

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 69/07, str. 6: *„(...) Przedłożony w postępowaniu dokument uprawnień budowlanych dla Pana Józefa G. wskazuje na to, że osoba wskazana do pełnienia określonej funkcji technicznej w budownictwie nie posiada uprawnień w zakresie sieci sanitarnych.(...) Niniejsze ustalenie nie wskazuje jednakże na tym etapie postępowania na niespełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy, jeżeli przedłożony w postępowaniu dokument na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu obarczony jest błędem zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę w określonym terminie do uzupełnienia tego dokumentu. W wyniku uzupełniania dokumentu Wykonawca przedkłada nowy dokument. W którym może wykazywać się spełnieniem warunku najpóźniej do upływu terminu na uzupełnienie dokumentu. Ta regulacja przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, ukształtowana w wyniku ostatniej nowelizacji przepisów ustawy (ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 82, poz. 560), pozwała również na w skazanie przez Przystępującego nowej osoby spełniającej wymogi Zamawiającego. Powyższe stanowisko prezentowane jest również w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, publikowanej na stronie internetowej Urzędu (www.uzp.gov.pl)".*
3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2007r., sygn. akt: KIO/UZP/0-1393/07, KIO/UZP/0-1398/07: *„nie potwierdziły się zarzuty Odwołujących w zakresie niewłaściwych uprawnień do dokonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Wskazane w odwołaniu osoby, istotnie posiadały uprawnienia, których zakres wskazywał na ich ograniczenie. Jednak Zamawiający uzupełnił ten brak poprzez zażądanie dostarczenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że Wykonawca wskazał dwie inne osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń, odpowiednio do projektowania i kierowania robotami. Czynności tej dokonał zgodnie z możliwościami, jakie stwarza znowelizowany przepis art. 26 ust. 3 Ustawy i potwierdził, że korzystał w tym zakresie ze stanowiska UZP zamieszczonego na stronach internetowych".*
4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 531/08: *„Ponadto, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający zaznaczył także, iż Protestujący w uzupełnionym „Wykazie wykonanych dostaw (...)” próbował udowodnić spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie*

przedmiotu zamówienia i odbiorcy innych niż w ofercie pierwotnej. A co za tym idzie przedstawił inne dokumenty (niż pierwotnie) mające potwierdzić należyte wykonanie tej dostawy. Po drugie, Izba pragnie podkreślić, iż podziela pogląd przedstawiony przez Odwołującego w treści odwołania, że jego działanie, tj. przedłożenie nowych dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie, tj. innych od tych pierwotnie mieści się w granicach stosowania określonych dla art. 26 ust. 3 Ustawy po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r. Stanowisko zaprezentowane w tym względzie w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego jest błędne. Przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. uzupełnienie dokumentu, z którego wynikało, że Wykonawca nie spełnia postawionego warunku było niemożliwe, co skutkowało wykluczeniem z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem z mocy prawa jego oferty. W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia Wykonawcą, który wprowadził żądany dokument, ale nie potwierdza on spełniania warunku (J. Sadowy. Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu a udzielenie zamówienie publicznego. [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s.135, patrz także: Odpowiedzi na pytania zgłaszane przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. - odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez miasto Łódź, strona internetowa UZP). Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/07), jak również w orzeczeniach KIO: Wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 04/08, czy też Wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08. Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Ustawy poprzez czynności wykluczenia Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą, skład orzekający Izby uznał ww. zarzut za zasadny."

5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 207/08; KIO/UZP 210/08: „Skład orzekający stoi na stanowisku, że za dokumenty zawierające błędy należy rozumieć również dokumenty, które w istocie w swej treści nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu bądź nie potwierdzają spełnienia przez oferowane dostawy wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego”.
6. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2007r. (str. 7-8), sygn. akt: KIO/UZP1399/07: „Treść art. 26 ust. 3 ustawy wbrew stanowisku reprezentowanemu przez odwołującego w proteście i odwołaniu, uległa zmianie po dniu 11 czerwca 2007 r. Przepis ten odnosi się obecnie nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia, ale także do jego merytorycznej treści, ustawodawca bowiem

w drugiej części tego przepisu po średniku zawarł dyrektywę interpretacyjną przepisu stanowiąc (...); oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. (...)". Z tego zapisu wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym. *Ratio legis* ustawodawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach. Przeciwna interpretacja przepisu doprowadziłaby do nielogicznego wnioskowania, że lepiej jest nie złożyć dokumentu, niż złożyć dokument, choćby błędny. Takie założenie byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy".

7. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 524/08, w którym to Konsorcjum: „POLKOR CE-30 Opole Groszowice-Wrocław Brochów" reprezentowane przez TCHAS Sp. z o.o. Oddział w Polsce. 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/216, zarzucało PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, 50-525 Wrocław, ul. Joannitów 13, że Wykonawca w odniesieniu do braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla Bogdana J. Odwołujący dodatkowo podniósł, że Wykonawca Feroco S.A. nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumentów odnoszących się do kierownika robót telekomunikacyjnych i zaniechał zmiany osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych (ten wyrok zasługuje na szczególną uwagę, bowiem Wykonawca była spółka Feroco S.A., będąca uczestnikiem Konsorcjum, które złożyło przedmiotowy protest przeciwko Przystępującemu).

8. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2008 r. str. 7, sygn. akt: KIO/UZP 312/08: *„Z dokonanych ustaleń wynika, że żadna z wymienionych osób nie posiada samodzielnie wystarczających uprawnień do samodzielnego kierowania wszystkimi pracami w zakresie omawianych sieci, które wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Natomiast łącznie uprawnienia obu Panów, w ocenie Izby, zapewniają kierowanie tymi robotami. Należy jednocześnie wskazać, że o ile funkcję kierownika budowy pełni, co do zasady jedna osoba, to Prawo budowlane i przepisy Wykonawcze nie zawierają zakazu powierzenia kierowania pracami budowlanymi w poszczególnych specjalnościach techniczno-budowlanych, a także w ich obrębie w odniesieniu do określonych części robót, różnym osobom, z których każda legitymuje się stosownymi do wykonywanych prac, uprawnieniami Tym samym Izba uznała, że zadeklarowanie wykonywania określonych prac łącznie przez 2 osoby nie narusza postanowienia siwz, w którym zawarto - ..minimum 1 osoba posiadająca właściwe uprawnienia"*.

Powyższe stanowisko, jak wskazał Przystępujący, znajduje także potwierdzenie w licznych komentarzach do ustawy, np.:

a) Jerzy Pieróg Prawo Zamówień publicznych Komentarz 8 wydanie str. 127: *„Nowy przepis zrównał sytuację dokumentów niezłożonych z dokumentami, w którym są błędy. W obydwu przypadkach zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia. (...) Taki przepis ma zapobiec przypadkom, w których w lepszej sytuacji znajdują się wykonawcy nieskładający dokumentów od tych, którzy złożą dokumenty z błędami”.*

b) Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo Zamówień Publicznych komentarz 3 wydanie str. 146: *„dokumenty przedstawione przez wykonawców w wyniku wezwania do uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań zamawiającego w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Celem złożenia oświadczeń i dokumentów jest uzyskanie przez zamawiającego wiedzy o zdolności wykonawcy do realizacji zadania lub potwierdzenia właściwości oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Z przedłożonych dokumentów, w tym dokumentów uzupełniających, winno więc wynikać, że wykonawca jest zdolny do wykonywania zamówienia w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin na ich uzupełnienie. ”*

c) Aleksandra Sołtysińska, Europejskie Prawo Zamówień Publicznych Komentarz str. 389: *„Komentowany przepis należy ocenić pozytywnie. Zamawiający może w sposób obiektywny i merytoryczny ocenić zdolność wykonawców do realizacji zamówienia, a nie jedynie w sposób formalny odrzucić tych, których dokumenty - są niejasne lub zawierają pewne luki, mimo że w rzeczywistości dysponują oni prawidłowym potencjałem finansowym i technicznym. Jeśli tylko zamawiający będzie przestrzegał zasady równości, takie postępowanie będzie z korzyścią dla właściwego udzielenia zamówienia. Zbyt formalistyczne podejście do oceny dokumentów kwalifikacji oferentów jest niezgodne z celem instytucji zamówień publicznych i budzi zastrzeżenia ze strony wykonawców, którzy mają przekonanie, że konieczne jest przede wszystkim dostarczenie wszystkich dokumentów, niezależnie od ich merytorycznej zawartości. Uzupełnienie dokumentów polega na wprowadzeniu do nich treści, których zabrakło lub na dołączeniu właściwych załączników lub poświadczeń”.*

Dodatkowo Przystępujący powołał się także na publikacje prasowe w dzienniku „Rzeczpospolita”:

A) Uczestnik przetargu może donieść dokument Sławomir Wikariak 06-02-2008,

„Firma wezwana do uzupełnienia dokumentacji może wskazać nowych ekspertów. Niedawno w tej sprawie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza. Rozstrzygała spór, do którego doszło podczas przetargu na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu przy budowie zadania chorzowskiego stadionu. Startujące w nim konsorcjum zakwestionowało wybór Wykonawcy. Zarzuciło zamawiającemu m.in. niezgodne z prawem uzupełnienie dokumentów. Jego zdaniem przepisy nie pozwalają na wskazanie nowego inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej zamiast tego, który nie spełniał stawianych przez zamawiającego wymagań. Skład orzekający nie zgodził się z tą interpretacją. Uznał, że zamawiający postąpił słusznie, akceptując nowy dokument, w którym zwycięski Wykonawca wskazał inną niż pierwotnie osobę. Ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy przemawia za dopuszczeniem możliwości uzupełniania dokumentów przez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści uzasadniła wyrok przewodnicząca składu orzekającego Luiza Łamejko. - Nie wezwanie Wykonawcy, który złożył dokumenty świadczące o tym, że nie został spełniony warunek do ich uzupełnienia, mogłoby doprowadzić do nierównego traktowania stron - dodała, zaznaczając, że w lepszej sytuacji byłaby wówczas firma, która w ogóle nie złożyła dokumentu, niż ta, która go złożyła. Zdaniem KIO dokument, który został złożony, ale nie potwierdza spełnienia warunku udziału w przetargu, należy traktować tak, jakby go nie było. - W tej sytuacji należy uznać, że Wykonawca nie złożył dokumentu - powiedziała przewodnicząca (KIO/UZP 04/08)“.

B) Firma ma prawo usunąć braki 08-10-2007:

„(...) Przytoczone orzeczenie należy uznać za jak najbardziej prawidłowe, a wyrażony w nim pogląd o możliwości wskazania w drodze uzupełnienia dokumentu innego eksperta niż wskazany pierwotnie w ofercie zasługuje na pełną aprobatę. Odmienne wykładnia, sprowadzająca się do konieczności wykluczenia Wykonawcy ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy) bądź nieudokumentowanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy), prowadziłyby do dyskryminacji. (...). Interpretacja nakazująca bezwarunkowo wykluczyć Wykonawcę, który złożył dokumenty niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest sprzeczna z zasadą równego traktowania Wykonawców wyrażoną w art. 7 ust 1 ustawy. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Gdyby uznać, że złożenie przez Wykonawcę dokumentu niepotwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu rodzi obowiązek wykluczenia Wykonawcy, to dochodziłoby do jawnej dyskryminacji takich Wykonawców w stosunku do tych, którzy w ogóle nie przedłożyli takich dokumentów.

W ewidentnie lepszej sytuacji stawiany byłby Wykonawca, który w ogóle nie wykonuje obowiązku złożenia dokumentów, od tego, który dokumenty przedkłada, lecz nie potwierdza one spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tak różnego traktowania Wykonawców".

C) Zmieniła się interpretacja przepisu pozwalającego na uzupełnianie dokumentów Sławomir Wikariak 30-11-2007: „ (...) *Po wejściu w życie ostatniej nowelizacji art. 26 ust 3 ustawy zaczął być inaczej interpretowany. Zdaniem prawników z UZP nowe brzmienie przepisu pozwala Wykonawcy złożyć nowy dokument, jeśli stary nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, chociaż jest poprawny pod względem formalnym. (...) Wykonawca może złożyć np. nowy wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, i wskazać w nim nowych ekspertów. Nowa interpretacja znalazła już odbicie w orzecznictwie arbitrów. W wyroku z 3 października uznali oni, że skoro dokument nie potwierdza spełnienia warunków, to należy uznać, że w ogóle nie został złożony (sygn. UZP/ZO/0-1179/07)".*

Przystępujący powołał się również w tym względzie dodatkowo na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w: „*Odpowiedziach na pytania Miast Organizatorów EURO 2012*” (źródło: <http://www.uzp.gov.pl>).

Po czwarte, Przystępujący stwierdził, iż Pan Mirosław D., z uwagi na niejasne okoliczności wzbudzające w jego ocenie podejrzenia co do poprawności moralnej i prawnej pobudek, nie chce zarówno na obecnym etapie postępowania, jak i po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego współpracować z Przystępującym, to jeszcze nie dowodzi, że Przystępujący nie dysponuje potencjałem kadrowym i złożył nieprawdziwe informacje i to mające wpływ na wynik postępowania. Stwierdzić bowiem należy, jak podkreślił Przystępujący, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia nie tylko w sprawie dokumentów potwierdzających dysponowanie kierownikiem robót torowych, ale także wykazu osób. Zatem kwestia uzupełnienia dokumentów, a więc i wyniku postępowania jest kwestią otwartą. Nie można twierdzić też, jak podkreślił Przystępujący, iż informacje w ofercie pierwotnej miały wpływ na wynik postępowania, skoro nie został wyczerpany tryb art. 26 ust. 3 Pzp. Za całkowicie nieuprawnione w świetle powyższego jest bowiem twierdzenie, że zostały podane informacje nie prawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, gdyż z uwagi na zmianę postawy Pana Mirosław D., Zamawiający może co najwyżej mieć wątpliwości, czy Przystępujący faktycznie będzie zdolny do wykonania zamówienia z powodu braku współpracy z osobą wskazaną na funkcje kierownika robót torowych. Ale w celu usunięcia tej wątpliwości Zamawiający ma obowiązek skorzystać, jak wskazał Przystępujący z art. 26 ust. 3 Pzp. Na marginesie wskazał także, iż przy ocenie czy zostały przez Przystępującego podane informacje nieprawdziwe niemożliwym jest opieranie się jedynie na oświadczeniu (o wątpliwym charakterze) Pana Mirosława D., lecz również na pozostałych okolicznościach sprawy wskazanych uprzednio przez Przystępującego, nie

zapominając przy tym, iż koniecznym elementem dla o odpowiedzialności Przystępującego w tym zakresie stanowi element winy, której nie można w żaden sposób przypisać Przystępującemu, czyniąc tym samym bezzasadnymi wszelkie zarzuty Protestującego odnoszące się do oświadczenia Pana Mirosława D.

Po piąte, jak wskazał Przystępujący, w świetle obowiązujących przepisów i postanowień SIWZ nic nie stoi na przeszkodzie, aby jedna i ta sama osoba pełniła funkcję dwóch kierowników robót, np. kierownika budowy i kierownika robót torowych. Przystępujący tu wskazał, że odnośnie kierownika robót torowych Zamawiający postawił następujące wymagania:

*„2. Kierownicy Robót * (po 1 osobie) do kierowania :*

- robotami torowymi posiadający uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń. Kierownicy robót posiadają wyżej wymienione uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2006r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”.

Powyższe, zdaniem Przystępującego świadczy o tym, że wykonawca był zobowiązany przedstawić osobę legitymującą się:

- a) Posiadaniem uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Prawa budowlanego lub
- b) Odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także
- c) Zaświadczeniem o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
- d) Posiadaniem wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Przystępujący podkreślił, że oprócz Pana Mirosława D. wskazał inną osobę, która spełnia tak określone wymagania, tj. Pana Ryszarda W., który posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby Pan Ryszard W. pełnił jednocześnie funkcję kierownika budowy oraz kierownika robót torowych. Okoliczność ta przesądza jednocześnie, że Przystępujący dysponuje wymaganym potencjałem kadrowym. Nie może być zatem mowy o złożeniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji i to mających wpływ na wynik postępowania.

Przystępujący oświadczył, że skoro Pan Mirosław D., nie chce zarówno na obecnym etapie postępowania, jak i po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego współpracować z Przystępującym, to Przystępujący może powierzyć funkcję kierownika robót torowych Panu Ryszardowi W., co jest w pełni dopuszczalne, jego zdaniem.

Dodatkowo Konsorcjum SALCEF podniosło, iż Przystępujący wskazując Pana Ryszarda W. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie spełnia warunku postawionego dla tej osoby. Zauważył, że fakt wyboru jego oferty świadczy dobitnie, iż złożone przez niego oświadczenie na piśmie z dnia 14.08.2008 r. Zamawiający uznał za wystarczające. Podkreślił, iż treść przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu jaki Zamawiający postawił w pkt ogłoszenia III.2.3 b 1) i pkt 8.2.1. lit. b 1) SIWZ, jest jednoznaczna i brzmi: *„Kierownik budowy posiadający wykształcenie wyższe techniczne, 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej, posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”*.

Powyższe wskazuje, zdaniem Przystępującego, iż wyraźnie i jednoznacznie na wymagania stawiane przez Zamawiającego wykonawcom. Wykonawca był w szczególności zobowiązany przedstawić osobę legitymującą się:

- a) Wykształceniem wyższym technicznym;
- b) Pięcioletnim doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy na budowach lub przebudową infrastruktury kolejowej;
- c) Posiadaniem uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Prawa budowlanego lub odpowiadającymi im ważnymi uprawnieniami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa.
- d) Zaświadczeniem o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
- e) Posiadaniem wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Przystępujący stwierdził, iż z żadnego ww. warunku udziału w postępowaniu nie wynika, aby wymóg posiadania uprawnień budowlanych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia odnosił się do wymaganego i wskazanego okresu doświadczenia, jak to usiłuje wywieść Protestujący. Wymóg posiadania odpowiednich uprawnień dotyczy

aktualnej chwili i jest warunkiem niezależnym od warunku wykazania 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający, zarówno zgodnie z prawem, jak i zgodnie z SIWZ nie jest uprawniony do badania uprawnień posiadanych w przeszłości przez wskazanego przez wykonawcę kierownika budowy. W szczególności nie posiada żadnego prawa, czy legitymacji w zakresie oceny uprawnień posiadanych przez wskazaną przez wykonawcę osobę w ramach piastowanych przez nią stanowisk w przeszłości. W przedmiotowej sprawie Wykonawca, zdaniem Przystępującego, wykazał zarówno fakt posiadania przez Pana Ryszarda W. odpowiednich uprawnień, jak i fakt posiadania 5-letniego doświadczenia kierownika budowy na wymaganych w SIWZ budowach. Na potwierdzenie tych okoliczności Przystępujący przedstawił odpowiednią, wymaganą dokumentację. Między innymi została załączona do oferty dokumentacja potwierdzająca takt piastowania przez Pana Ryszarda W. stanowiska kierownika budowy przez okres co najmniej 5 lat. Nie należy przy tym do zadań, ani do uprawnień Zamawiającego sprawdzanie formalnych aspektów wykonanych przez inne podmioty w przeszłości prac budowlanych, w szczególności nie przysługuje Zamawiającemu prawo ustalenia, czy kierownik budowy takich prac budowlanych posiadał należyte uprawnienia.

Przystępujący wskazał jednocześnie, iż skoro Pan Ryszard W. został dopuszczony w przeszłości do piastowania stanowiska kierownika budowy, a ani inwestor, ani odpowiednie organy administracyjne czuwające nad prawidłowym przebiegiem procesu budowlanego nie zgłosiły co do osoby Pana Ryszarda W. żadnych zastrzeżeń, zważywszy również, że roboty te zostały zakończone a obiekty oddane prawidłowo do użytku, niewątpliwie świadczy o tym, iż Pan Ryszard W. był należyście uprawniony. Zamawiający nie może w tym względzie dokonać oceny stanu faktycznego i prawnego odmiennej od oceny dokonanej przez uprawnione do tego administracyjne organy działające w sferze kontroli budowlanej. Taka kompetencja nie przysługuje Zamawiającemu, a jakakolwiek ingerencja w tym zakresie doprowadziłaby do naruszenia podstawowej zasady prawa administracyjnego, zgodnie z którym akty administracyjne (w tym wypadku związane z procesami budowlanymi, w których uczestniczył Pan Ryszard W., w tym akty które dopuściły obiekty budowlane wybudowane pod jego nadzorem) organów administracji państwowej i samorządowej wiążą bezwzględnie wszelkie podmioty prywatne.

Nadmienił, że interpretacja Protestującego jest całkowicie błędna. Idąc bowiem tym tokiem rozumowania, należałoby załączyć do wykazu osób - ponad wymaganie warunku udziału w postępowaniu - dokument uprawnień, który byłby zupełnie nieprzydatny z punktu widzenia obecnie obowiązujących przepisów prawa budowlanego i nie byłby wystarczający do pełnienia wymaganej funkcji na etapie realizacji zamówienia. Jeśli tak Zamawiający sformułowałby warunek udziału w postępowaniu oznaczałoby to, zdaniem Przystępującego, że dopuścił się naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 Pzp, co rodziłoby konieczność

unieważnienia przedmiotowego postępowania w trybie 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przystępujący stwierdził, iż w sposób precyzyjny i w pełni zastosował się do treści warunku udziału w postępowaniu, a także załączył te uprawnienia, które umożliwiają realizację przedmiotu zamówienia. Powyższe dowodzi, jego zdaniem, bezzasadności zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego przystępujący podniósł, iż, warta uwzględnienia jest precedensowa na rynku europejskim okoliczność wystąpienia po stronie Wykonawcy podmiotu powiązanego z Zamawiającym. Nie sposób bowiem nie zauważyć, jak kontynuuje, że Konsorcjum SALCEF, które wniosło protest jest spółka blisko powiązana kapitałowo z Zamawiającym, w związku z czym, zarówno na gruncie utartej normatywy oraz praktyki europejskiej, jak i na gruncie odpowiedniej interpretacji przepisów Pzp, m.in. art. 136, udział takiego podmiotu w przetargu publicznym jest zakazany, a zatem protest złożony przez Konsorcjum powinien zostać odrzucony ze względu na brak jakiegokolwiek interesu prawnego po stronie Protestującego. Nie sposób bowiem przyznać interes prawny podmiotowi, który z mocy prawa nie jest uprawniony do udziału w przetargu.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 25.09.2008 r. faxem, poprzez jego uwzględnienie w zakresie żądania:

- a) unieważnienia czynności Zamawiającego uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum SALCEF i wyboru tej oferty,
- b) ponownego dokonania czynności oceny ofert,
- c) ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W pozostałej części, Zamawiający protest oddalił, jako nie udowodniony.

Po pierwsze, Zamawiający, wskazał, iż zgodnie z punktem 13.1. c) SIWZ dla niniejszego postępowania, postawił warunek, że: *„kompletna oferta musi zawierać wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności - wypełniony Załącznik nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje”*. Przystępujący na kierownika robót torowych wskazał Pana Mirosława D. W trakcie badania ofert Zamawiający stwierdził, że Pan Mirosław D. spełnia warunki udziału w postępowaniu przewidziane w SIWZ dla kierownika robót torowych.

W załączeniu do przedmiotowego protestu z dnia 15.09.2008r., Zamawiający wskazał, iż otrzymał oświadczenie Pana Mirosława D. następującej treści: *„nie wyrażałem zgody na umieszczenie mojego nazwiska i moich danych osobowych dla firmy SALCEF do*

przetargu no modernizacje linii E65 na odcinku LCS Tczew stacje: Tczew i Pszczółki oraz szlaki: Szymankowo-Tczew, Tczew-Pszczółki, Pszczółki-Pruszcz Gdański".

W związku z powyższym, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie dysponuje wymaganym personelem w osobie kierownika robót torowych. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wskazał, iż obowiązany jest wezwać Wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów. Dalsze postępowanie Zamawiającego, jak zauważył, uzależnione jest od oceny treści uzupełnionych dokumentów.

Po drugie, Zamawiający w pkt 8.2.1 b) SIWZ stwierdził, iż wymagał, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje Kierownikiem budowy, który posiada:

- a) 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej,
- b) uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Prawa budowlanego i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa,
- c) zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz
- d) wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej.

Przystępujący wskazał jako Kierownika budowy Pana Adama S., który zgodnie ze złożoną ofertą posiada uprawnienia kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjnej - inżynierskiej w zakresie urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego oraz instalacji elektrycznych niskiego napięcia. Zgodnie z § 20 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006r., Nr 83, poz. 578): *„uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektami budowlanymi takimi jak: stacja, węzeł, linia i bocznicą kolejowa roboty oraz z nimi związane inne budowle kolejowe z wyłączeniem budowli, o których mowa z § 19 ust. i pkt. 2, oprócz przepustów”.*

Uprawnienia, które posiadał Pan Adam S., zdaniem Zamawiającego nie odpowiadają wymaganym przez Zamawiającego uprawnieniom w specjalności kolejowej, dlatego wezwał Przystępującego pismem z dnia 13.08.2008 r., do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Kierownika budowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący uzupełniło żądane przez Zamawiającego dokumenty wskazując na stanowisko Kierownika budowy Pana Ryszarda W. Z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów wynika, że Pan W. w okresie od kwietnia

1985 r. do maja 1994 r. pełnił funkcję kierownika budowy w Spółdzielni Produkcyjno-Usługowej w Sulechowie. W załączonych dokumentach znajdują się uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych (Decyzja nr 86/94/ZG z dnia 12.12.1994 r.) oraz uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (Decyzja Nr 141/94/ZG z dnia 13.12.1994 r.).

Zamawiający stwierdził, iż za niesporne uznał, że w okresie między 1985 a 1994 r., sprawowanie funkcji kierownika budowy, regulowane było przepisami Ustawy z dnia 24.10.1974 r. „Prawo budowlane”. Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 w/w ustawy: *„Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie przygotowanie zawodowe do wykonywania tych funkcji, a w szczególności odpowiednie wykształcenie techniczne i praktyką zawodową dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań, związanych z wykonywaną funkcją. Za samodzielną funkcje techniczna w wykonywanie działalności zawodowej w budownictwie związanej z koniecznością fachowej zjawisk technicznych w tej działalności lub samodzielnego rozwiązywania zagadnień urbanistycznych. architektonicznych i innych technicznych oraz techniczno-organizacyjnych a w działalności obejmującej: (...), kierownictwo nadzór t kontrole techniczną robót budowlanych”.*

W myśl § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie: *„Praktyka zawodowa, o której mowa w rozporządzeniu powinna by odbyta po uzyskaniu dyplomu lub świadectwa, a także w czasie zaocznych lub wieczorowych studiów (...)*”. Zamawiający, w trakcie badania ofert i oceny spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, oparł się na już złożonych i uzupełnionych dokumentach, uznając, że skoro Pan Ryszard W. był Kierownikiem budowy we wskazanym okresie, to oznacza, że posiadał on uprawnienia do kierowania budową. Zamawiający zauważył, iż nie wymagał wykazania wszystkich uprawnień posiadanych przez osoby wskazane w ofercie. Wykonawca był zatem, obowiązany jedynie do wykazania nabytego w przeszłości doświadczenia. Wykonawca nie był obowiązany do wykazania posiadanych w przeszłości uprawnień.

Wobec okoliczności, że Protestujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, że w latach 1985 -1994 Pan Ryszard W. nie posiadał uprawnień do pełnienia funkcji kierownika budowy, to nie może wywodzić z tego skutków prawnych, a Zamawiający, jak stwierdził, nie może uwzględnić w tym zakresie zarzutów podniesionych w proteście.

W dniu 30.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na rozstrzygnięcie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty, wnioski i żądania z protestu.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania przez to Konsorcjum SALCEF kierownikiem robót torowych w osobie Pana Mirosława D., Odwołujący wskazuje, że rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego w tym zakresie jest wadliwe i jako naruszające przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie może się ostać.

Zgodnie z punktem 13.1.c) SIWZ: *„kompletna oferta musi zawierać wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności - wypełniony Załącznik nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje”*.

Przystępujący, wskazał, jak zauważył Odwołujący, jako kierownika robót torowych Pana Mirosława D.. Odwołujący do protestu dołączył oświadczenie Pana Mirosława D., o następującej treści: *„oświadczam, że nie wyrażałem zgody na umieszczenie mojego nazwiska i moich danych osobowych dla firmy SALCEF do przetargu na modernizację linii E 65 na odcinku LCS Tczew stacje: Tczew i Pszczółki oraz szlaki: Szymankowo - Tczew, Tczew - Pszczółki, Pszczółki - Pruszcz Gdański”*.

Powyższe przesądziło zdaniem Odwołującego, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania osobą kierownika robót torowych. Złożenie nieprawdziwych informacji skutkowało uznaniem przez Zamawiającego oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i wyborem tej oferty, a zatem złożenie tych informacji bez jakichkolwiek wątpliwości miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z powyższego jednoznacznie wynika zdaniem Odwołującego, że Przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu, iż jedynym skutkiem złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, jest nie dysponowanie przez to niego wymaganym personelem w osobie kierownika robót torowych i że: *„w takiej sytuacji, zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy, Zamawiający obowiązany jest wezwać Wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów”*. Wskazał, iż w przedmiotowym przypadku nie zachodzi żadna z okoliczności opisanych w art. 26 ust. 3 Pzp, które umożliwiałyby wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim Przystępujący złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem robót torowych. Dokumenty te, jak podkreślił Odwołujący, zostały złożone bez wiedzy i zgody osoby, której dotyczą, co oznacza, że w tym zakresie złożono nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania osobą kierownika robót torowych. Z całą pewnością natomiast nie można uznać, zdaniem Odwołującego, że

złożenie nieprawdziwego oświadczenia oznacza, że dokumenty dotyczące Pana Mirosława D. złożone przez Przystępującego zawierają błędy, co wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Skutkiem zatem złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania kierownikiem robót torowych, winno być wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a nie wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Zaniechanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, rażąco narusza przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podtrzymał również w pełnym zakresie zarzuty dotyczące nieprawidłowych uprawnień budowlanych osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy - Pana Adama S., a także nieprawdziwej informacji podanej przez Przystępującego dotyczącej doświadczenia Pana Ryszarda W. - wskazanego na kierownika budowy przez Konsorcjum SALCEF na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Z uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów wynika, jak wskazał Odwołujący, że Pan Ryszard W. jest upoważniony na mocy decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego nr 86/94/ZG z dnia 12.12.1994 r. do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, peronów, ramp oraz typowych przepustów i mostów. Dołączono także życiorys zawodowy Pana Ryszarda W., z którego wynika, że pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od IV 1985 r. do V 1994 r. w Spółdzielni Produkcyjno-Usługowej w Sulechowie.

Odwołujący podniósł, że również ta osoba nie spełnia opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Z dołączonego wykazu wynika, że rzekomo Pan Ryszard W. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od roku 1985 do roku 1994, natomiast uprawnienia do sprawowania tej funkcji Pan Ryszard W. uzyskał dopiero 12.12.1994 r. Podnieść należy, iż zarówno z przytoczonych przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 24.10.1974 r. Prawo budowlane, jak również z przepisów obecnie obowiązującej ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane, jednoznacznie wynika, że funkcja kierownika budowy jest jedną z samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, która wymaga posiadania odpowiednio stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie lub decyzji - uprawnień budowlanych.

Zamawiający, jak wskazał Odwołujący, stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 24.10.1974 r. Prawo budowlane samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie przygotowanie zawodowe do wykonywania tych funkcji, a w szczególności

odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań, związanych z wykonywaną funkcją.

Za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się wykonywanie działalności zawodowej w budownictwie, związanej z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych w tej działalności lub samodzielnego rozwiązywania zagadnień urbanistycznych, architektonicznych i innych technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalności obejmującej: (...) kierownictwo, nadzór i kontrolę techniczną robót budowlanych. Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.01.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie praktyka zawodowa, o której mowa w rozporządzeniu, powinna być odbyta po uzyskaniu dyplomu lub świadectwa, a także w czasie zaocznych lub wieczorowych studiów technicznych.

Powyższe stanowi, zdaniem Odwołującego, dowolną interpretację przepisów dokonaną przez Zamawiającego z pominięciem kilku istotnych kwestii. Przede wszystkim Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisami cyt. rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót stwierdza Wojewoda - § 13 ust. 1 rozporządzenia. Dopiero po uzyskaniu stwierdzenia przez Wojewodę posiadania przygotowania zawodowego dopuszczalne jest pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Ww. stwierdzenie przygotowania zawodowego Pan Ryszard W. uzyskał w dniu 12.12.1994 r.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, iż również w zakresie doświadczenia Pana Ryszarda W., Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkować winno wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto, wobec powyższego, należy również uznać, iż Przystępujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem budowy co skutkować winno wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący nie zgodził się również ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, że: „(...) skoro Pan Ryszard W. był Kierownikiem budowy we wskazanym okresie, to oznacza, że posiadał on uprawnienia do kierowania budową”. Takie domniemanie jest, jego zdaniem, niedopuszczalne, rażąco narusza zasady prowadzenia postępowania określone w ustawie. W szczególności należy wskazać, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie prowadzi się w formie pisemnej. Oznacza to, że Zamawiający dokonując oceny warunków udziału powinien brać pod uwagę treść dokumentów dołączonych do oferty lub uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie opierać się na jakichkolwiek domysłach, czy przypuszczeniach. Obowiązek

wykazania, czy Pan Ryszard W. posiadał w okresie 1985-1994 r. uprawnienia, czy też nie, nie spoczywa, jak twierdzi Zamawiający na Odwołującym. Jednoznacznie stwierdził, że żaden dokument potwierdzający posiadanie przez Pana Ryszarda W. odpowiednich uprawnień nie został przez Przystępującego złożony. Nadto, Odwołujący podniósł, że obowiązkiem Wykonawców było wykazanie dysponowania kierownikiem budowy, który posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej, w zakresie których uprawnienia budowlane Pan Ryszard W. uzyskał już po zakończeniu wskazanego w dokumentach okresu pełnienia funkcji kierownika budowy, a nie jakiegokolwiek doświadczenia na stanowisku kierownika budowy i posiadanie jakichkolwiek uprawnień. Do okresu wymaganego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy nie można także zaliczyć, zdaniem Odwołującego, okresu wykonywania obowiązkowej praktyki, gdyż odbywała się ona pod nadzorem osób / osoby posiadających stosowne uprawnienia.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 30.09.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikowi postępowania protestacyjnego (Przystępującemu na etapie protestu) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 10.10.2008 r. (data wpływu pisma do Prezesa UZP) przystąpiło Konsorcjum SALCEF podtrzymując swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do protestu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wykazując interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego stwierdził, iż jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, zatem w razie uwzględnienia powyższych żądań interes prawny Przystępującego w uzyskaniu zamówienia dozna uszczerbku, Przystępujący utraci bowiem możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym Przystępujący ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Kopie przystąpienia została przekazana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu.

W dniu 21.10.2008 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło pismo procesowe, w którym Przystępujący, niezależnie od podniesionej w przystąpieniu do postępowania odwoławczego argumentacji, wskazał dodatkowe uzasadnienie swojego stanowiska, odnoszące się do przesłanek oddalenia odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Przystępujący stwierdził, że złożone przez Pana Mirosława D. oświadczenie może jedynie świadczyć o zmianie jego stanowiska w stosunku do ustaleń z Przystępującym podjętych na etapie

przygotowywania oferty, a także z uwagi na wybraną ścieżkę kariery w nowej i konkurencyjnej firmie nie chce zarówno na obecnym etapie postępowania, jak i po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego współpracować z Przystępującym. Fakt ten jednak jeszcze, jego zdaniem, nie dowodzi, że Przystępujący nie dysponuje potencjałem kadrowym i złożył nieprawdziwe informacje, co więcej mające wpływ na wynik postępowania. Postawiony zarzut jest bowiem bezzasadny z następujących powodów:

Po pierwsze, Przystępujący dysponuje potencjałem kadrowym zdolnym do wykonania zamówienia i wykazał go w ofercie. Przystępujący wskazał Pana Ryszarda W., który posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.). Przystępujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 8.2.1 ppkt 2) Instrukcji dla wykonawców, wymagał dysponowaniem: *„1 osobą na stanowisko Kierownika Robót do kierowania robotami torowymi posiadający uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń”*.

Natomiast w pkt 8.2.1 ppkt 1) Instrukcji dla wykonawców, wymagał dysponowania: *„1. Kierownik Budowy * posiadający wykształcenie wyższe techniczne, 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową, infrastruktury kolejowej, posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz.1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które powstały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”*.

Przy powyższym warunku, zdaniem Przystępującego brak jest zastrzeżenia, że osoba ta nie może pełnić innych stanowisk, np: Kierownika Robót do kierowania robotami torowymi.

Z powyższego wynika, jego zdaniem, iż że Pan Ryszard W. będąc Kierownikiem Budowy w świetle tak postawionego warunku może pełnić jednocześnie funkcję Kierownika Robót do kierowania robotami torowymi.

Oznacza to tym samym, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu nawet bez osoby Pana Mirosława D., gdyż jak powyżej wykazano cytując pełną treść właściwych warunków udziału w postępowaniu:

a) nie było w nich zawartego zakazu łączenia funkcji Kierownika budowy z funkcją Kierownika robót torowych. Zatem jest dopuszczalne żeby jedna osoba, tj. wskazana na stanowisko Kierownika budowy łączyła kwalifikacje i doświadczenie zawodowe na więcej niż jednym stanowisku, w tym przypadku z funkcją Kierownika robót do kierowania robotami torowymi.

b) nie było w warunkach udziału w postępowaniu nakazu wykazania określonej ilości osób, które miałyby uczestniczyć w realizacji zamówienia. Zatem również z tego punktu widzenia w pełni dopuszczalne jest, ażeby jedna osoba łączyła kwalifikacje i doświadczenie zawodowe na więcej niż na jednym stanowisku, w tym przypadku Kierownik budowy spełniał warunki przewidziane dla Kierownika robót do kierowania robotami torowymi.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Przystępujący stwierdził, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia nie tylko dokumentów potwierdzających dysponowaniem kierownikiem robót torowych, ale także wykazu osób. Zatem kwestia uzupełnienia dokumentów, a więc i wyniku postępowania, jest także z tego punktu widzenia kwestią otwartą. Nie można zatem twierdzić, iż informacje złożone w ofercie miały wpływ na wynik postępowania, skoro nie został wyczerpany tryb art. 26 ust. 3 Pzp.

Przystępujący stwierdził, iż całkowicie nieuprawnione jest twierdzenie, że zostały podane informacje nieprawdziwe i dodatkowo mające wpływ na wynik postępowania, z uwagi na zmianę postawy Pana Mirosław D., którego to - jak wykazano powyżej - można w ogóle pominąć w ocenie spełniania warunku udziału w postępowania przez Przystępującego, bez jakiegokolwiek szkody dla interesu prawnego w uzyskaniu postępowania przez Przystępującego. Jednak wobec zaistniałych zdarzeń Przystępujący uznał, iż rozumie, że Zamawiający może mieć wątpliwości, czy Przystępujący faktycznie będzie zdolny do wykonania zamówienia z powodu braku współpracy z osobą wskazaną na funkcje kierownika robót torowych. Dlatego też z daleko idącej ostrożności i niezależnie od argumentacji podniesionej w powyżej, Przystępujący wskazuje na obowiązek skorzystania przez Zamawiającego z art. 26 ust. 3 Pzp. Procedura ta umożliwi jemu niezwłocznie na wezwanie Zamawiającego wskazanie innej osoby, która w przypadku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego pełnić będzie funkcję Kierownika robót torowych.

Przystępujący podniósł także, iż brak złożenia wraz z ofertą oświadczenia osoby wskazanej w wykazie o wyrażeniu zgody na ujawnienie danych osobowych w ofercie, nie może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, ani też przesłanką do stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 25 Pzp, Zamawiający może wymagać od wykonawców jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, więc w świetle tego przepisu zgoda taka nie jest konieczna, ani też wymagana.

Przystępujący wskazał także, iż na dzień składania oferty posiadał zapewnienie Pana Mirosława D. o podjęciu obowiązków Kierownika robót torowych w przypadku wygrania przetargu. Zatem uzyskawszy stosowne uprawnienia i aktualne zaświadczenie z właściwej izby, w dobrej wierze wskazał tę osobę jaką posiadającą właściwe kompetencje do realizacji zamówienia w przypadku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego i załączył jego dokumenty do oferty.

Przystępujący, jak stwierdził, nie może ponosić odpowiedzialności za zachowania P. Mirosława D., całkowicie niezależne od woli i działań Przystępującego. W tym względzie zresztą jasnym jest, jak zauważył, iż jak to zostało wykazane w przystąpieniu przez Przystępującego do postępowania protestacyjnego, iż okoliczności sprawy wskazują niezbicie na to, iż zachowanie P. D. miało podłoże zdecydowanie i umyślnie ukierunkowane na szkodę Przystępującego.

Przystępujący zwrócił także uwagę na jednolitą w tym zakresie linię orzeczniczą KIO, np: wyrok z dnia 21.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 814/08: *„Podstawowym zarzutem podniesionym przez Odwołującego jest złożenie przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. w ofercie nieprawdziwych informacji. Przedmiotem zarzutu jest informacja o pełnieniu przez pana Dariusza R. funkcji kierownika robót inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 94 (ul. Lotnicza) we Wrocławiu”. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powodem wykluczenia wykonawcy z postępowania może być podanie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania. Chodzi przy tym o rzeczywisty, a nie jedynie potencjalny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym stanie faktycznym o podaniu przez wykonawcę nieprawdziwej informacji Zamawiający dowiedział się w dniu 4 lipca 2008 r. od samego wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o. o., który w swym piśmie oświadczył, iż przedmiotowa informacja została umieszczona w ofercie omyłkowo, na skutek błędnej informacji otrzymanej przez wykonawcę od podwykonawcy. Wykonawca oświadczył, iż w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości ww. danych, a jego celem nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Jednocześnie Berger Bau Polska Sp. z o.o. przekazała Zamawiającemu oprócz danych, do których uzupełnienia została wezwana przez Zamawiającego w dniu 2 lipca 2008 r., również zmienioną, prawidłową informację na temat kwalifikacji pana Dańusza R. Postępowania wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż w uzupełnieniu ww. wykonawca przekazał dokumenty potwierdzające spełnienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego, a także okoliczność, iż to na podstawie uzupełnionych dokumentów oferta Berger Bau Polska Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą, Izba*

nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp."

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący wskazując Pana Ryszarda W. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie spełnia warunku postawionego dla tej osoby. Przystępujący podkreślił, iż treść przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu jaki Zamawiający postawił w pkt ogłoszenia III.2.3 b 1) i pkt 8.2.1. lit. b 1) SIWZ, jest jednoznaczna i brzmi: „1. Kierownik Budowy * posiadający wykształcenie wyższe techniczne, 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową, infrastruktury kolejowej, posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz.1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”.

Wynika z tego, zdaniem Przystępującego, iż wykonawca był zobowiązany przedstawić osobę legitymującą się: a) wykształceniem wyższym technicznym; b) pięcioletnim doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej; c) posiadaniem uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także; d) zaświadczeniem o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa; e) posiadaniem wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Powyższe, zdaniem Przystępującego, znajduje także potwierdzenie w linii orzeczniczej KIO, wyrok z dnia 11.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 776/08: „Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie treści postanowienia pkt 6 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy choć w minimalnym zakresie wykazali się wykonaniem którejkolwiek z żądanych do wykazania robót: budowy lub przebudowy infrastruktury technicznej typu kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa oraz oświetlenie placów i ulic. Ponadto, Zamawiający żądał wykazania wykonania przynajmniej dwóch zamówień o łącznej wartości netto 2 000 000 zł jednak Zamawiający nie podał żadnych szczegółów dotyczących zakresu czy udziału

procentowego tych robót w całości wykazanych zamówień. Dlatego Zamawiający musi zaklasyfikować jako spełniających warunki udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nabyli doświadczenia w zakresie każdej z tych specjalności choćby nawet w minimalnym zakresie, jednak łączna wartość tych robót musiała być nie mniejsza od wartości 2 000 000 zł netto. A w badanym przypadku wykonawca WGW wykazał, że spełnia warunek postawiony w pkt 6 lit. b specyfikacji. Zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za swój brak precyzji w formułowaniu specyfikacji i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione warunki udziału w postępowaniu."

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zdaniem Przystępującego, z żadnego postanowienia ww. warunku udziału w postępowaniu nie wynika, aby wymóg posiadania uprawnień budowlanych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia odnosił się do wymaganego i wskazanego w wykazie okresu doświadczenia, jak to usiłuje narzucić Odwołujący.

Interpretacja Odwołującego, jest zdaniem Przystępującego całkowicie błędna i obciążona złą wolą. Idąc bowiem tym tokiem rozumowania, należałoby załączyć - ponad wymaganie warunku udziału w postępowaniu - przestarzały dokument uprawnień, który byłby zupełnie nieprzydatny z punktu widzenia obecnie obowiązujących przepisów prawa budowlanego i nie byłby wystarczający do pełnienia wymaganej funkcji na etapie realizacji tego zamówienia. Jeśli Zamawiający sformułowałby warunek udziału w postępowaniu tak jak usiłuje to narzucić Odwołujący, to dopuściłby się w ten sposób naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 Pzp. A takie działanie mogłoby rodzić konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania w trybie 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Przystępujący stwierdził, iż w sposób precyzyjny i w pełni zastosował się do treści warunku udziału w postępowaniu, a także załączył te uprawnienia, które umożliwiają realizację przedmiotu zamówienia.

Przystępujący zwraca uwagę, że powyższe rozumowanie jest nie tylko zgodne z literalną treścią właściwego warunku udziału w postępowaniu ale także zgodne ze stanowiskiem podmiotu je ustanawiającego, czyli Zamawiającego. Otóż w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający jednoznacznie stwierdza: *„Zamawiający zauważa, iż nie wymagał wykazania wszystkich uprawnień posiadanych przez osoby wskazane w ofercie. Wykonawca był zatem obowiązany jedynie do wykazania nabytego w przeszłości doświadczenia. Wykonawca nie był obowiązany do wykazania posiadanych w przeszłości uprawnień".* A przecież, jak zauważył Przystępujący, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wymienienia zamkniętego katalogu warunków udziału w postępowaniu (w tym - niezbędnych uprawnień) zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 7 Pzp), jak i w SIWZ (art. 26 ust. 1 pkt 5 Pzp), przy czym oczywiste jest, że Wykonawcy są traktowani jednakowo. Przystępujący

podkreślił, iż żaden obywatel nie ma obowiązku przechowywania dokumentów w jakich posiadanie wszedł w ciąg swojej aktywności zawodowej. Zamawiający tym samym również nie ma uprawnień do żądania dokumentów po pierwsze nieprzydatnych z punktu widzenia realizacji przedmiotowego zamówienia, po drugie innych w zależności od nazwy wykonawcy, czy składu konsorcjum. Powyższe dowodzi, zdaniem Przystępującego, bezzasadności zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Przystępującego, działanie Odwołującego związane z oświadczeniem, który stał się podstawą zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, można potraktować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503). Do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, zdaniem Przystępującego niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze - działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie - czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie - działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy. W przedmiotowym przypadku wszystkie przesłanki zostały spełnione.

Reasumując, w powyższej sytuacji, zdaniem Przystępującego, Zamawiający słusznie oddalił protest i zasadnie wybrał w postępowaniu jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego, która wynosi 273.862.761,18 Euro brutto w stosunku do 263.432.163 Euro, którą przeznaczył Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia). Co więcej cena oferty Przystępującego jest o około 31,5 milionów Euro niższa od oferty Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, ofertami, oświadczeniem Pana Mirosława D., oświadczeniem i wykazem podpisanym przez Pana Ryszarda W. i po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron i Przystępującego, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert, zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

Zgodnie z pkt 8.1.2. SIWZ: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”. Z kolei zgodnie z pkt 8.2.1.b), w zakresie warunku określonego w punkcie 8.1.2. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w jego dyspozycji m.in.:

„1. Kierownik budowy * posiadający wykształcenie wyższe techniczne; Kwalifikacje (doświadczenie): 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na budowach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej, posiadający uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń, wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”.

„2. Kierownicy Robót * (po 1 osobie) do kierowania: - robotami torowymi posiadający uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń(...). Kwalifikacje (doświadczenie): Kierownicy robót posiadają wyżej wymienione uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, a także zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”.

Ponadto: „Ocena spełniania warunku wskazanego w pkt 8.1.2. nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt 9.1.1” (str.9 z 33).

Z kolei Zamawiający na podstawie pkt 9.1.1 SIWZ wymagał: „Na potwierdzenie spełniania warunków szczegółowych określonych w pkt 8.2.1 SIWZ: a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Do załącznika nr 4 należy załączyć: - dokumenty stwierdzające, że Kierownik Budowy i Kierownicy Robót posiadają wymagane odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – do kierowania robotami budowlanymi w odpowiedniej

specjalności, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz dokumenty potwierdzające doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót, a także zaświadczenie o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Zaświadczenia o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadaniu wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej muszą być ważne, co najmniej w dacie składania oferty". Dodatkowo, zgodnie z pkt 13.1. c) SIWZ: „kompletna oferta musi zawierać wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności - wypełniony Załącznik nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje".

W ramach złożonej oferty w załączniku nr 4 do SIWZ Przystępujący wykazał, jako spełniającego warunek odnośnie kierownika robót torowych Pana Mirosława D., a na kierownika budowy Pana Adama S. Ostatnia ze wskazanych osób została zastąpiona w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwaniem z 13.08.2008 r. przez Pana Ryszarda W. Zamawiający pismem z dnia 05.09.2008 r. zwrócił się o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp faktu pełnienia przez Pana Ryszarda W. funkcji kierownika budowy w Spółdzielni Produkcyjno-Usługowej w Sulechowie.

W pierwszej kolejności Izba odnie się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, uznając ww. zarzut za zasadny.

Zgodnie z powołanym artykułem wyklucza się Wykonawców, którzy złożyli w nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba rozpatrywała niniejszy zarzut oddzielnie w odniesieniu do wskazanego przez Przystępującego w ofercie kierownika robót torowych Pana Mirosława Dolińskiego i oddzielnie wobec Pana Ryszarda W. - wskazanego na kierownika budowy przez Przystępującego na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 13.08.2008 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamiast wskazanego pierwotnie Pana Adama S.

Względem Pana Mirosława D., Izba stwierdza, co następuje.

Po pierwsze, bezsprzecznie niniejsza osoba spełnia warunek postawiony w pkt 8.2.1.b 2) SIWZ przez Zamawiającego.

Po drugie, potwierdzenie się twierdzeń podniesionych w ramach zarzutu skutkowałoby wykluczeniem Przystępującego, gdyż złożenie nieprawdziwych informacji

mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji, prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, który można sanować, gdyż po pierwsze inna jest podstawa prawna (w odróżnieniu od 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy też art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp), po drugie naruszono by art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż nie można zrównywać Wykonawców składających prawdziwe informacje, z Wykonawcami składającymi informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania.

Po trzecie, Izba podziela pogląd wyrażony przez Przystępującego, a mający poparcie w orzecznictwie KIO (np: wyrok z dnia 21.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 814/08), że jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że Wykonawca w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości określonych danych (działał w dobrej wierze), to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Takie działanie bowiem nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Taka sytuacja jest bowiem całkowicie niezależna od woli i działań Wykonawcy.

Po czwarte, Izba stwierdza, że w przedmiotowym stanie faktycznym Przystępujący nie przedstawił na rozprawie dowodu przeciwnego w odpowiedzi na dowód przedstawiony przez Odwołującego w postaci oświadczenia P. Mirosława D.: *„oświadczam, że nie wyrażałem zgody na umieszczenie mojego nazwiska i moich danych osobowych dla firmy SALCEF do przetargu na modernizację linii E 65 na odcinku LCS Tczew stacje: Tczew i Pszczółki oraz szlaki: Szymankowo - Tczew, Tczew - Pszczółki, Pszczółki - Pruszcz Gdański”*. Przystępujący nie przedłożył na rozprawie żadnego dowodu np: w postaci umowy pisemnej z P. Mirosławem D., ani nie podtrzymał wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka, tj. P. S. B. z Transport Consulting, który utrzymywał, zgodnie ze stanowiskiem z przystąpienia do postępowania protestacyjnego, bezpośrednie kontakty w tym względzie z Panem Mirosławem D.

Wobec powyższego nie wykazał, że zaistniała sytuacja nie wynikała z jego złej woli, ale czynników od niego całkowicie niezależnych. Twierdzenia, iż okolicznością świadczącą na korzyść Przystępującego, jest fakt tego rodzaju, że dysponował on dokumentami, które załączył do oferty, a pochodzącymi od Pana Mirosława D., nie miała wpływu na stanowisko Izby, gdyż Przystępujący nie wykazał, że pozyskał je za zgodą Pana Mirosława D. i na potrzeby tego konkretnego postępowania. Przystępujący wskazał, iż w trzech postępowaniach wykazał tę osobę, podnosząc, iż w drugie postępowanie ogłoszono w maju 2008 r., a trzecie w tym roku, nie wskazując konkretnego miesiąca. Dodatkowo, Izba

stwierdza, że powyższe okoliczności mają tylko i wyłącznie charakter poszlak i wobec złożenia bezspornego dowodu przez Odwołującego są niewystarczające.

Przystępujący kwestionując autentyczność oświadczenia przedłożonego przez Odwołującego z protestem stwierdził, iż nie ma wiedzy, czy oświadczenie jest autentyczne, gdyż Przystępujący nie zapoznał się z oryginałem i nie był też obecny przy składaniu niniejszego oświadczenia.

Na marginesie należy potwierdzić stanowisko Przystępującego, iż nie musiał załączać pisemnej zgody osoby wykazywanej, gdyż nie wynikało to ani z SIWZ, ani z obowiązujących przepisów prawnych. Potwierdza to w sposób pośredni nowelizacja Pzp z dnia 04.09.2008 r., (Dz. U z 2008 r., Nr 171, poz. 1058) zgodnie, z którą w art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy w jej nowym brzmieniu dopuszcza się przedstawienie pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Jednakże, niniejszej nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy, gdyż wobec niemożności uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie wykazania przez Przystępującego, że składając ofertę wraz z Panem Mirosławem D. działał w dobrej wierze, przedłożono informacje mają rzeczywisty wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp względem Pana Mirosława D.

Względem Pana Ryszarda W., Izba stwierdza, co następuje.

Po pierwsze, Izba stwierdza, że treść warunku określonego przez Zamawiającego jest zgodna ze stanowiskiem przedstawionym przez Przystępującego, jak i Zamawiającego. Zamawiający nie nakładał na uczestników wymogu przedłożenia dokumentów na potwierdzenie wszystkich danych wskazanych w życiorysie, a także wymogu przedłożenia stosownego dokumentu potwierdzającego posiadanie uprawnień przez cały wykazywany okres, a jedynie przedłożenia dokumentów stwierdzających, że Kierownik Budowy i Kierownicy Robót posiadają wymagane odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – do kierowania robotami budowlanymi w odpowiedniej specjalności, wydane na podstawie Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz dokumentów potwierdzających doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót, a także zaświadczenie o wpisaniu na listę członków właściwej terenowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego i uznaje ją za błędną, gdyż warunek postawiony, w swej treści był jednoznaczny i niedopuszczalna jest jego wykładnia

rozszerzająca, a za taką uznaje ją Izba. Nadto jest ona sprzeczna z wykładnią autentyczną dokonaną przez samego Zamawiającego. Izba także dodaje, że Odwołujący nie oprotestował warunku w jego literalnym brzmieniu wobec powyższego jest związany jego treścią.

Po drugie, Odwołujący w odróżnieniu od zarzutu wobec pierwszej osoby nie przedłożył żadnego dowodu na okoliczność, z której wywodzi skutki prawne (art. 6 kc. w związku z art. 14 Pzp), tj. złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W tym wypadku, Odwołujący nie wykazał, iż P. Ryszard W. nie posiadał uprawnień do sprawowania funkcji Kierownika Budowy przed 12.12.1994 r. (tzn. od 1985 do grudnia 1994 r.). Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W tej materii Izba zauważa, iż jeśli kwestie rażąco niskiej ceny, czy też postawienia warunku utrudniającego konkurencje wystarczy uprawdopodobnić, to nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy udowodnić, tym bardziej złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływa na wynik postępowania, z tych względów Przystępujący nie miał obowiązku wykazania się dowodem przeciwnym.

Po trzecie, Izba biorąc pod uwagę argumentację prawną przedstawioną przez Odwołującego nie podziela jej w przeciwieństwie do argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego i stwierdza, iż należy zgodzić się, że § 13 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r., Nr 8, poz. 46 ze zm.) umożliwił stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót (...) w sposób odmienny od wskazanego przez Odwołującego. Przepis stanowi o tym, że nie tylko wojewoda stwierdzał posiadanie uprawnień, ale również inne organy, w tym zakład pracy. Przy czym, Izba w tej materii podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, iż Zamawiający nie wymagał przedłożenia dokumentów, w tym także tych o których mowa we wskazanym rozporządzeniu.

Po czwarte, Izba nie podzielając stanowiska Odwołującego, iż to na Przystępującym i Zamawiającym ciążył obowiązek dowodowy dowiedzenia, że Pana Ryszard W. w okresie od 1985 r. do 1994 r. był kierownikiem budowy, a w szczególności twierdzenia, że obowiązkiem Przystępującego było przedłożenie dokumentów potwierdzających informacje zawarte w wykazie osób i podmiotów wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji. Ustawodawca wyraźnie w § 1 ust. 2 pkt 5 z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 z 2006 roku poz. 605) określił zakres żądania dokumentów dotyczących osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Żądanie to może

dotyczyć wyłącznie informacji. Nie budzi wątpliwości, że katalog dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów jest katalogiem zamkniętym i ewentualne dodatkowe żądania Zamawiającego, w tym zakresie mogą być jedynie traktowane jako żądanie dokumentów dodatkowych nie podlegających, ani badaniu ani ocenie. Gdyby wolą Ustawodawcy było nałożenie na wykonawców obowiązku przedkładania wraz z wykazem osób i podmiotów również dokumentów potwierdzających dane zawarte w tym wykazie posłużyłby się analogicznymi zapisami jak w § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 cyt. rozporządzenia.

Wobec stanowiska Izby przedstawionego powyżej, dowód przedstawiony przez Przystępującego w postaci oświadczenia złożonego przez pana Ryszarda W. wraz z jego życiorysem mającym charakter szczegółowego wykazu, na okoliczność tego rodzaju, iż prawdziwe są wszystkie informacje dotyczące jego osoby, a złożone w ramach uzupełnienia przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu, nie ma wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp względem Ryszarda W., a Przystępujący złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazania się kierownikiem Budowy o określonym doświadczeniu zgodnie z pkt 8.2.1.b 1) SIWZ, czyli spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnione uzupełnienie treści oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba podkreśla, iż tezę o niedopuszczalności wskazania nowej osoby, nie wskazanej w ofercie, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp należy rozpatrywać w konkretnym stanie faktycznym.

Może mieć ona tylko wtedy uzasadnienie, gdy w toku postępowania zostały przedłożone informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, albo gdy wezwanie do uzupełnienia nastąpiło po raz wtóry. Przy czym, Izba podtrzymuje stanowisko orzecznictwa KIO (np.: postanowienie KIO z dnia 12.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 905/2008, str.22), że: *„(...) instytucja uzupełniania oferty ma jednokrotny charakter, jednakże nie ma przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia oferty w innym zakresie niż miało to miejsce wcześniej.”* Ponadto, Izba stwierdza, iż niebudzące wątpliwości jest prawo Zamawiającego do wielokrotnego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej w danym postępowaniu oferty, jeżeli zaistnieje taka konieczność. Powyższe odnosi się również do instytucji wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Z tym zastrzeżeniem, aby wyjaśnienia nie prowadziły de facto do kolejnego uzupełnienia w tym samym zakresie. W tym miejscu Izba, wskazuje także, iż mimo że, żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie

obowiązkiem Zamawiającego, to w konkretnym stanie faktycznym, w którym zaniechanie dokonania takiej czynności prowadziłoby do naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, Zamawiający winien mając na uwadze zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania obligatoryjnie wyjaśnić zaistniałe wątpliwości, w szczególności odnosi się do stosowania art. 26 ust. 4 Pzp.

Izba podziela argumentację wskazaną przez Przystępującego w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego względem dopuszczalności stosowania art. 26 ust. 3 Pzp także w odniesieniu do Wykonawców, którzy złożyli wraz z ofertą żądany dokument, ale nie potwierdza on spełniania warunku, czemu dała wyraz m.in. w wyroku z dnia 20.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/1070/08: *„(...)Zamawiający miał obowiązek, (.....) wezwania Przystępującego do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust.3 Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt. X.2 SIWZ, gdyż takie prawo gwarantuje uczestnikom postępowania ponowne badanie i ocena ofert, a więc samo Pzp. Fakt, iż Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził nie spełnienie w/w warunku nie skutkuje natychmiastową koniecznością wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty w toku ponownej oceny bez uwzględnienia trybu wynikającego z art. 26 ust.3 Pzp. Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO. Wyrok KIO z dnia 11.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1399/07: „Treść art. 26 ust. 3 pzp wbrew stanowisku reprezentowanemu przez odwołującego w proteście i odwołaniu, uległa zmianie po dniu 11 czerwca 2007r. Przepis ten donosi się obecnie nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia ale także do jego merytorycznej treści, ustawodawca bowiem w drugiej części tego przepisu po średniku zawarł dyrektywę interpretacyjną przepisu stanowiąc „(...); oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, (...)”.* Z tego zapisu wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym. Ratio legis ustawodawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach. Przeciwna interpretacja przepisu doprowadziłaby do nielogicznego wnioskowania, że lepiej jest nie złożyć dokumentu, niż złożyć dokument, choćby błędny. Takie założenie byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 pzp.”. Wyrok KIO z dnia 13.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 531/08: *„(...)przedłożenie nowych dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie, tj. innych od tych przedłożonych pierwotnie mieści się w granicach stosowania określonych dla art. 26 ust. 3 Pzp po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r. (.....) Przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. uzupełnienie dokumentu, z którego wynikało, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku było niemożliwe, co skutkowało wykluczeniem z udziału postępowaniu oraz odrzuceniem z mocy prawa jego oferty. W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek*

wezwania do uzupełnienia wykonawcę, który wprowadził złożył żądany dokument, ale nie potwierdza on spełnienia warunku (J. Sadowy, Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s.135, patrz także: Odpowiedzi na pytania zgłaszane przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. – odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez miasto Łódź, strona internetowa UZP). Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/07), jak również w orzeczeniach KIO: Wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 04/08, czy też Wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08”.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba stwierdza, że działanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Pzp, było uzasadnione i zgodne z obowiązującymi przepisami. Wezwanie z dnia 13.08.2008 r. Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy i przedłożenie stosownych dokumentów wraz ze wskazaniem nowej osoby, nie wskazanej w ofercie (za Pana Adama S. – Pana Ryszarda W.) w żaden sposób nie narusza art. 87 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnione uzupełnienie treści oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tzn. warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienie, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego wobec nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz art. 24 ust. 4 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającemu wykluczeniu, Izba uznała ww. zarzuty za zasadne.

Izba wskazuje, iż zgodnie z jedną z definicji - wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia może odnosić się także do osób, które bezpośrednio będą wykonywać zamówienie. Wiedzę należy rozumieć jako odpowiednie kwalifikacje zawodowe osób wykonujących zamówienie, także odpowiednie wykształcenie lub uprawnienia do dokonywania określonych czynności. Doświadczenie można określić, jako potwierdzone w praktyce umiejętności w zakresie wykonania danego rodzaju zamówienia. Sposobem nabycia doświadczenia będzie uprzednie wykonywanie prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia na rzecz innych podmiotów. Precyzyjne określenie żądania wymaganej wiedzy

i doświadczenia nie stanowi żądania ograniczającego konkurencję (wyrok z dnia 05.05.2008 r. Sądu Okręgowego we Wrocławiu, sygn. akt: X Ga 75/08).

Izba stwierdza, że wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp odnośnie osoby Pana Mirosława D., jako kierownika robót torowych, Izba uznaje, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp, gdyż wobec braku możliwości prawnej zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, niniejsze ma wpływ na wynik postępowania, a w skutek tego, że Przystępujący nie zaprzeczył i nie udowodnił, że informacje przez niego przedstawione są prawdziwe, to nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazania się kierownikiem robót torowych o określonym doświadczeniu zgodnie z pkt 8.2.1.b 2) SIWZ, czyli nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż Przystępujący w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

Wobec potwierdzenia się wskazanego wyżej zarzutu, Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznała za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*