

Sygn. akt: KIO 719/12

Sygn. akt: KIO 720/12

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2012 r. przez:

A. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 719/12 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., EKO-KONSULTING-PROJEKT'CONSEKO-BBM-DESIGN'S.A., ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa,

B. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 720/12 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Biuro Projektowo-Konsultingowe PBK Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin,

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 719/12:

a) po stronie Zamawiającego:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Biuro Projektowo-Konsultingowe PBK Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: BBF Sp. z o.o., SYSTRA S.A., ul. J. H. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań,

b) po stronie Odwołującego:

A. AECOM Sp. z o.o., INOCSA Inżynieria SL, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa,

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 720/12:

c) po stronie Zamawiającego:

A. AECOM Sp. z o.o., INOCSA Inżynieria SL, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: BBF Sp. z o.o., SYSTRA S.A., ul. J. H. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań;

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Schuessler- Plan Inżynierzy sp. z o.o. i EKO-Konsulting Projekt „Conseko – BBM-Design` S.A. i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektowo – Konsultingowe „BPK” sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o., Grontmij Polska sp. z o.o. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem ofert obu Odwołujących
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: 1. w sprawie o sygn. akt KIO 719/12 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., EKO-KONSULTING-PROJEKT'CONSEKO-BBM-DESIGN'S.A., ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa, 2. w sprawie o sygn. akt KIO 720/12 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Biuro Projektowo-Konsultingowe PBK Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji

Inwestycji Oddział w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin, na rzecz Odwołujących: 1. w sprawie o sygn. akt KIO 719/12 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., EKO-KONSULTING-PROJEKT'CONSEKO-BBM-DESIGN'S.A., ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa, kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz 2. w sprawie o sygn. akt KIO 720/12 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Biuro Projektowo-Konsultingowe PBK Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 719/12

Sygn. akt: KIO 720/12

UZASADNIENIE

A.

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie Studium Wykonalności oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla realizacji zadania: Modernizacja linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny-Szczecin Dębnie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 389487-2011-PL.

Odwołujący Konsorcjum firm Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. (zwany dalej Konsorcjum Schuessler) zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, że spełnił warunki udziału w postępowaniu wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "SIWZ" lub "Specyfikacja"), naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezzasadne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 82 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: BBF Sp. z o.o. oraz SYSTRA S.A., które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: SUDOP Polska Sp. z o.o. oraz SUDOP PRAHA a.s., które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: BBF Sp. z o.o. oraz SYSTRA S.A., wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: SUDOP Polska Sp. z o.o. oraz SUDOP PRAHA a.s. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący został w dniu 14.02.2012 r. wezwany przez Zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) do przedłożenia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi

ich należyte wykonanie, które potwierdzałyby spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawcy wykazali, że zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, co najmniej:

- a) jedno zamówienie polegające na wykonaniu Studium Wykonalności o wartości nie mniejszej niż 1 milion PLN dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej (rozpoczęcie i zakończenie wykonania zamówienia musiało nastąpić w ciągu ostatnich 3 lat, tj. począwszy od 22 stycznia 2009 r.),
- b) jedną usługę polegającą na wykonaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej dla zadania realizowanego w formule „projektuj i buduj” - wartość zadania inwestycyjnego nie mniejsza niż 1 milion PLN (rozpoczęcie i zakończenie wykonania zamówienia musiało nastąpić w ciągu ostatnich 3 lat, tj. począwszy od 22 stycznia 2009 r.).

W ww. wezwaniu Zamawiający wskazał, że „z przedstawionych w ofercie dokumentów wynika, że w zakresie Studium Wykonalności spełnienie warunku wykonania w wymaganym okresie ostatnich 3 lat nie zostało wykazane, albowiem ich rozpoczęcie nastąpiło w 2000 r”. Ponadto Zamawiający uzasadniając ww. wezwanie stwierdził, że „w zakresie Programu Funkcjonalno-Użytkowego spełnienie warunku nie zostało wykazane, albowiem nie wskazano jaka jest wartość zadania realizowanego na podstawie przedmiotowego PFU.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył ponownie Załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz usług wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat) uzupełniony o żądane przez Zamawiającego informacje tj. określenie dat rozpoczęcia i zakończenia wykonania zamówień oraz podanie wartości realizowanego zadania. Z uzupełnionych przez Odwołującego danych wynikało, iż rozpoczęcie i zakończenie Studium Wykonalności w ramach projektu pt. „Budowa odcinka linii kolejowej Wehrhahn” oraz rozpoczęcie i zakończenie wykonania Programu Funkcjonalno-Użytkowego w ramach projektu „Modernizacja i rozbudowa trasy kolejowej na odcinku Lipsk-Drezno” nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, czyli zgodnie z wymaganiami punktu 9.1.3. SIWZ.

Ponadto Odwołujący w piśmie przewodnim z dnia 14 lutego 2012 r. złożył wyjaśnienia wskazując, że:

- a) Studium Wykonalności w ramach projektu pt. „Budowa odcinka linii kolejowej Wehrhahn” stanowiło jedną z faz całego projektu, która była realizowana w terminie 06.2009 - 12.2009 r. (a zatem rozpoczęcie i zakończenie nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert),

b) we wskazanej usłudze „Modernizacja i rozbudowa trasy kolejowej na odcinku Lipsk-Drezno”) Program Funkcjonalno-Użytkowy realizowany był w terminie 26.01.2009 - 30.04.2009.

Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił oświadczenie spółki Schuessler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Dusseldorfie (podmiotu trzeciego, który udostępnił Odwołującemu swoje zasoby wiedzy i doświadczenia oraz realizował ww. zadania), w którym podmiot ten potwierdził, że

1) opracował Studium Wykonalności w ramach projektu pt. „Budowa odcinka linii kolejowej Wehrhahn” oraz że usługa ta została przez ten podmiot wykonana w okresie 06.2009 -12.2009 r.;

2) wykonał Program Funkcjonalno- Użytkowy dla projektu pt. „Modernizacja i rozbudowa trasy kolejowej na odcinku Lipsk-Drezno” oraz że usługa ta została przez ten podmiot wykonana w okresie 26.01.2009-30.04.2009 r.”

W ocenie Odwołującego złożył on zgodny ze wzorem (Załącznik nr 4 do SIWZ) wykaz wykonanych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług spełniający wymogi określone w punkcie 8.2.2. i 9.1.3. SIWZ.

Zgodnie z punktem 9.1.3. SIWZ Odwołujący załączył również dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały należycie wykonane, przedkładając referencje wydane przez Landeshauptstadt Dusseldorf oraz Deutsche Bahn AG (dalej jako „Referencje”).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie wymagał, aby wykonane usługi tj. opracowane Studium Wykonalności w ramach projektu pt. „Budowa odcinka linii kolejowej Wehrhahn” oraz wykonany Program Funkcjonalno-Użytkowy dla projektu pt. „Modernizacja i rozbudowa trasy kolejowej na odcinku Lipsk-Drezno”, które stanowiły w obu przypadkach jedną z faz realizacji większych projektów objętych przedłożonymi całościowymi referencjami, zostały udokumentowane oddzielnymi specjalnie na ten cel wystawionymi referencjami obejmującymi wyłącznie te fazy projektowania.

Odwołujący argumentował, że „uzasadnienie dokonane przez Zamawiającego wykluczenia zostało sformułowane w sposób bardzo lakoniczny, bez merytorycznego odniesienia się do złożonych przez Odwołującego dokumentów ofertowych i bez dokonania ich rzetelnej oceny. Taki sposób sformułowania uzasadnienia zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego nie spełnia wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp wymogów pełnego przedstawienia motywów faktycznych i prawnych dokonane przez Zamawiającego rozstrzygnięcia. Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 2.04.2012 r. ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, iż „wykonawca (Odwołujący) nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał rozpoczęcia i zakończenia w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert wykonania usług... ””.

Zdaniem Odwołującego nie zaszły podstawy do wykluczenia jego oferty, gdyż wskazał daty rozpoczęcia i zakończenia prac w wymaganej w SIWZ formie, czyli w tabeli zgodnej z wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ. Oprócz tego zgodnie z postanowieniem punktu 9.1.3. SIWZ przedłożył dokumenty (referencje) potwierdzające prawidłowe wykonanie wskazanych w wykazie prac. Przedłożone dokumenty pod względem treści były zgodne z postanowieniami SIWZ i spełniały podstawowy cel referencji polegający na udowodnieniu posiadania przez Odwołującego wiedzy i doświadczenia w realizacji podobnych projektów, a także rzetelnego wywiązania się z tych czasowych zleceń udzielonych przez podmioty publiczne.

Odwołujący wywodził, że ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, z zastrzeżeniem, że z dokumentu takiego wynika wykonanie określonych robót budowlanych, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym. Dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 38 ust. 4 i 4a Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo udowodnienia spełnienia warunków wymienionych w Specyfikacji Istotnych Warunków.

Odwołujący podniósł, że przedłożony przez Konsorcjum firm BBF Sp. z o.o. oraz SYSTRA S.A. (zwany dalej Konsorcjum BBF) wykaz usług (w ramach wykazania spełnienia ww. warunku wiedzy i doświadczenia) zawiera usługę wykonaną na rzecz EC1 Łódź Miasto Kultury, której termin realizacji rozpoczął się 16.12.2008 r., a więc przed wymaganym przez Zamawiającego terminem. Z treści złożonego przez tego wykonawcę oświadczenia wynika, iż nie spełnił on warunku wskazanego w punkcie 9.1.3 SIWZ. W ocenie Odwołującego Wykonawca ten podlegał wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a złożona przez niego oferta winna była zostać odrzucona. Zamawiający dopuścił się zaniechania wspomnianych czynności a nadto dokonał bezzasadnego wyrobu oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł także, że w zakresie wyżej wymienionego warunku, załączony do oferty przez Konsorcjum firm SUDOP POLSKA oraz SUDOP PRAHA a.s. wykaz usług zawiera 4 usługi, z których trzy rozpoczęły się przed wymaganym przez zamawiającego terminem 22.01.2009 r., tj. kolejno we wrześniu 2007, wrześniu 2008 oraz lipcu 2007 r. Z treści złożonego przez tego wykonawcę oświadczenia, zdaniem Odwołującego wynika, iż nie spełnił on warunku wskazanego w punkcie 9.1.3 SIWZ. Wykonawca ten, w ocenie Odwołującego, podlegał wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp a złożona przez niego oferta winna była zostać odrzucona (art. 89 Pzp). Zamawiający dopuścił się zaniechania wspomnianych czynności.

B.

Odwołujący Biuro Projektowo-Konsultingowe PBK Sp. z o.o., Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., (zwanego dalej Konsorcjum Grontmij) zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy, w tym: wykluczenie z postępowania oferty Odwołującego wybór oferty Konsorcjum firm BBF Sp. z o.o. i Systra S.A. (zwanego dalej „Konsorcjum BBF”) jako oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia ofert wykonawców: Konsorcjum AECOM Sp. z o.o i Inocsa Ingenieria S.L. (zwanego dalej Konsorcjum Aecom), Konsorcjum firm BBF Sp. z o.o. i Systra S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności wykluczenie z postępowania Konsorcjum BBF i Konsorcjum firm AECOM Sp. z o.o i Inocsa Ingenieria S.L. (zwanego dalej Konsorcjum Aecom), dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 02.04.2012 r. poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego została wykluczona z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp, jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał rozpoczęcia i zakończenia w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert wykonania usługi polegającej na sporządzeniu Studium Wykonalności o wartości nie mniejszej niż 1 milion PLN dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. W jego ocenie zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie stanowią, iż Wykonawcy mieli legitymować się doświadczeniem w realizacji wymaganych projektów rozpoczętych i zakończonych w ostatnich 3 latach od dnia składania ofert. Zamawiający w pkt. 8.4.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał od Wykonawcy wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 zamówienia (rozpoczęcie i zakończenie) polegającego na wykonaniu Studium Wykonalności dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej o wartości nie mniejszej niż 1 milion PLN; oraz co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu (rozpoczęcie i zakończenie) Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej dla zadania realizowanego w formule „projektuj

i buduj" o wartości nie mniejszej niż 1 milion PLN z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie." Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie „zapisy sformułowane w powyższy sposób, świadczą o tym, że należało wykazać się doświadczeniem w wykonaniu usług w okresie ostatnich 3 lat, a więc zgodnie z przyjętą zasadą usługi powinny być zakończone w ostatnich 3 latach. Natomiast zapis ujęty w nawiasie (rozpoczęcie i zakończenie), umiejscowiony w opisie wymaganego doświadczenia, odnosi się do potwierdzenia faktu, iż Wykonawca rozpoczął i zakończył realizację zamówienia - czyli wykonał je w całości, a nie np. przejął jego realizację po innym Wykonawcy. Powyższe stanowisko potwierdza również opis oceny spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu, zawarty w punkcie 9.1.3. SIWZ, w którym to Zamawiający wskazuje, iż na potwierdzenie spełnienia przedmiotowych warunków, dotyczących wiedzy i doświadczenia należy przedstawić: a) wykaz wykonanych - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - usług, o których mowa w punkcie 8.4.1., z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie (sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ).” W związku z powyższym, Odwołujący uznał, że wykluczenie go z postępowania jest nieuzasadnione.

Ponadto Odwołujący podniósł, że „żądanie Zamawiającego dotyczące rozpoczęcia i zakończenia usług w okresie ostatnich trzech lat należy uznać za nieuprawnione i sprzeczne z zapisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ponieważ wykracza poza upoważnienia Zamawiającego, nadane przedmiotowym Rozporządzeniem. Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu może żądać jedynie oświadczeń i dokumentów zgodnych z powyższym Rozporządzeniem. Z jego treści nie wynika uprawnienie Zamawiającego do żądania od Wykonawców wskazania wykazu usług, które zostały zarówno rozpoczęte, jak i zakończone w określonym trzyletnim terminie. Termin ujęty w Rozporządzeniu określa jedynie datę graniczną w której usługi powinny zostać zakończone, a więc należycie zrealizowane. Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje swoje potwierdzenie w doktrynie oraz licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.”

Odwołujący wywodził, że jeżeli zapisy SIWZ były nieprecyzyjne, nie wskazywały jednoznacznie żądań Zamawiającego, to w takiej sytuacji Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowego sformułowania wymagań w SIWZ. Podkreślał także, że inni Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zrozumieli przedmiotowe warunki udziału tak, jak Odwołujący.

Złożona przez Konsorcjum BBF oferta została oceniona, jako spełniająca warunki udziału w postępowaniu i wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Zdaniem Odwołującego oferta ta nie spełniała warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji Programu Funkcjonalno - Użytkowego wymaganego przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący podnosił, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania oświadczając, że wykazane przez niego doświadczenie dotyczyło projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego obejmującego budowę lub modernizację linii kolejowej. Odwołujący podniósł, iż „Studium wykonalności wraz z programem funkcjonalno - użytkowym, koncepcją koordynacyjną zagospodarowania przestrzeni poniżej terenu rejonu dworca Łódź - Fabryczna, w obszarze wykopu (według załącznika graficznego) oraz opracowanie materiałów do wniosku o dofinansowanie z funduszy Unii Europejskiej, raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, opracowanie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, opracowanie wniosków o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji, decyzji o warunkach zabudowy i równoważnych, oszacowania wartości zamówienia, opracowania materiałów przetargowych, rozbiecia ceny oferowanej na wykonanie robót w systemie „projekt i budowa” z wyceną tych robót na potrzeby zamawiającego i udziału w procedurach przetargowych, procedurach związanych z uzyskaniem dofinansowania”, które Konsorcjum BBF przedstawiło na potwierdzenie warunku dotyczącego wykonania Programu Funkcjonalno - Użytkowego, nie obejmowało projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej. Przedmiotowy projekt, dotyczący zagospodarowania przestrzeni poniżej poziomu terenu rejonu Dworca Łódź - Fabryczna, w żadnym wypadku nie może zostać uznany za projekt dotyczący budowy lub modernizacji linii kolejowej w rozumieniu Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. Art. 4. Ust. 2 ww. ustawy określa definicję linii kolejowej w sposób następujący: Linia kolejowa - droga kolejowa mająca początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętymi pod nie gruntami. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia na wykazane przez Konsorcjum BBF Studium, nie ma zapisów dotyczących budowy lub modernizacji linii kolejowej. Zamawiający - „EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi jest Instytucją Kultury w myśl Ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, a inwestycjami w zakresie linii kolejowych w Polsce zajmują się PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., będące zarządcą narodowej sieci kolejowej. Odwołujący zarzucił, iż Konsorcjum BBF złożyło nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, oświadczając w wykazie usług, że przedstawiony projekt obejmował budowę i modernizację linii kolejowej.

Oferta Konsorcjum Aecom została przez Zamawiającego oceniona, jako spełniająca warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3), gdyż złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Konsorcjum Aecom w ofercie złożyło wykaz usług, który miał potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wykazane w nim usługi zostały wykonane należycie. W wykazie Wykonawca przedstawił dwie usługi, w tym usługę pn. Wizja Kolei Dużych Prędkości w Korytarzu Północnowschodnim realizowana dla Amtrak - na potwierdzenie wykonania studium i PFU. Zdaniem Odwołującego projekt „Wizja Kolei Dużych Prędkości w Korytarzu Północnowschodnim” nie potwierdza posiadanego doświadczenia, gdyż w ramach usługi realizowanej przez AECOM nie było wykonane Studium Wykonalności oraz Program Funkcjonalno - Użytkowy. Przedmiotowy projekt stanowi tylko wizję przedsięwzięcia inwestycyjnego. Obecnie projekt jest oceniany pod kątem spełnienia wymagań federalnych oraz pod kątem oddziaływania na środowisko. Zatem, w ocenie Odwołującego, złożone przez Konsorcjum Aecom oświadczenie w wykazie usług, iż projekt dotyczy wykonania Studium Wykonalności i zawiera Program Funkcjonalno - Użytkowy, stanowi złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający w dniu 14.02.2012 r. wezwał Konsorcjum Aecom do uzupełnienia dokumentów ponieważ: „- usługa wykazana w pozycji nr 1 nie została wykonana w wymaganym okresie ostatnich 3 lat; - z załączonych referencji potwierdzających wykonanie usługi wykazanej w pozycji nr 2 nie wynika fakt opracowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego, jak również wartość inwestycji, ani daty wykonania usługi. Ponadto referencje zostały wystawione dla firmy AECOM, a nie dla AECOM Sp. z o.o.”. Odwołujący zauważył, że Zamawiający miał wyłącznie wątpliwości co do zakresu listu referencyjnego, który nie musiał zawierać elementów o które Zamawiający pytał. Zatem Konsorcjum AECOM zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów tylko przez nieuprawnione działanie Zamawiającego, a w wyniku tego wezwania Wykonawca przedstawił nowe doświadczenie. Jak wskazywał Odwołujący, Konsorcjum AECOM w złożonych w dniu 22.02.2012 r. uzupełnieniach nie odniosło się w żaden sposób do wskazanego pierwotnie w ofercie doświadczenia. Odwołujący wywodził, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu Wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. W ocenie Odwołującego w podmiotowym postępowaniu zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy Konsorcjum AECOM w związku ze złożonymi nieprawdziwymi informacjami mającymi wpływ na wynik postępowania, gdyż Wykonawca w pierwotnie złożonym do oferty wykazie usług jak i w jego uzupełnieniu oświadczył, iż projekt „Wizja Kolei Dużych Prędkości w Korytarzu Północnowschodnim” Obejmował studium wykonalności oraz PFU, co stanowi bez wątpienia poważne wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż każdy w Odwołujących posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba ustaliła, że Odwołujący - Konsorcjum firm Schuessler, jako wykluczony z postępowania, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, przez co poniósł szkodę. Cena zaoferowana przez Odwołującego była niższa od ceny wskazanej w ofercie wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący wniósł o odrzucenie tej oferty. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu objętego postępowaniem zamówienia publicznego.

W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, Odwołujący Konsorcjum Grontmij będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta będzie mogła zostać uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego, co może zagwarantować uzyskanie najwyższej liczby punktów zgodnie z kryterium oceny ofert ustanowionym przez Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko Wykonawcy Konsorcjum Schuessler w odniesieniu do niesłusznego wykluczenia tego Wykonawcy.

Zamawiający nie wskazał na konkretne przyczyny wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Schuessler. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy, który wziął udział w postępowaniu przetargowym. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 2 kwietnia 2012 roku stwierdził jedynie, iż „wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał rozpoczęcia i zakończenia w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert wykonania usług...”.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż tego rodzaju uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie czyni zadość wymaganiom art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby nie przedstawiono motywów faktycznych i prawnych dokonanego rozstrzygnięcia. Nie sposób było wywieść, dlaczego Zamawiający, pomimo przedstawionych przez Odwołującego dokumentów (żądanych przez Zamawiającego) uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie podał motywów rozstrzygnięcia, wszelkich okoliczności faktycznych, które w jego ocenie stanowiły podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, a

które Zamawiający ujawnił dopiero w toku rozprawy.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2503/11, zgodnie z którym „uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji Zamawiającego, ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach.”

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, iż przyczyną wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty było ustalenie przez Zamawiającego sprzeczności pomiędzy treścią uzupełnionego załącznika numer 4 (wykazu wykonanych usług), z którego wynikało, iż Program Funkcjonalno Użytkowy sporządzono w okresie od 26.01.2009 do 30.04.2009r. oraz załączonego do oferty załącznika numer 5, z którego wynikało, że osoba nabywająca doświadczenie projektanta w zakresie tego samego projektu wykonywała prace w latach 2000 – 2005 r. – w ramach tej samej inwestycji (Modernizacja i rozbudowa odcinka kolejowego z Lipska do Drezna projekt wykonywany na rzecz Zamawiającego Deutsche Bahn AG DB Projektbau GmbH Dresden).

Ponadto Zamawiający, badając wykonany przez Odwołującego projekt Budowa odcinka linii kolejowej Wehrhahn (Zamawiający: Landeshauptstadt Dusseldorf Amt für Verkehrsmanagement) pobrał informacje ze strony internetowej Zamawiającego (tj. miasto Dusseldorf). Zamawiający oświadczył, że z pobranych informacji wynika, iż roboty budowlane zaczęły się w 2007 r. Z powyższego wynika, że usługa wykonania Studium Wykonalności (jako dokumentu poprzedzającego wykonanie robót budowlanych) została wykonana wcześniej niż w roku 2007. Ponadto Zamawiający podkreślał, że z treści informacji zawartych na ww. stronie internetowej wynika, że firma wykonywała projekty na roboty budowlane. Zamawiający zaś żądał doświadczenia przy wykonaniu planu funkcjonalno – użytkowego w formule projektuj i buduj.

Powyższe uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający przedstawił dopiero w toku rozprawy. Tym samym wykonawca nie miał w pełni możliwości przygotowania się i ustosunkowania się do zastrzeżeń Zamawiającego.

Odwołujący załączył do odwołania tłumaczenie uwierzytelnione z języka niemieckiego na język polski dokumentu wystawionego przez Zamawiającego Landeshauptstadt Dusseldorf Amt für Verkehrsmanagement, potwierdzającego, że Studium Wykonalności w ramach pracy nad projektem zostało opracowane w okresie od 06 2009 do 12 2009 roku. Powyższe potwierdza prawdziwość oświadczenia złożonego przez Odwołującego co do daty zrealizowania Studium Wykonalności, przedstawionej w załączniku nr 4 (wykaz

zrealizowanych usług). W tym zatem zakresie Zamawiający PKP PLK S.A. nie miał racji, gdyż przedstawiony dokument potwierdza okres wykonania usługi Studium Wykonalności, a tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w niniejszej sprawie, w sytuacji pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości czy niezgodności treści złożonych oświadczeń a informacji zawartych w innych informatorach powinien wyjaśnić rozbieżności kierując wprost do Wykonawcy pytanie.

Rację ma Zamawiający, iż wykonawcy powinni przedstawić wszelkie dokumenty, które umożliwią Zamawiającemu ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże wykonawcy nie mogą domyślać się, jakie Zamawiający mają wątpliwości zastrzeżenia dotyczące oferty czy złożonych w wyniku wezwania dokumentów. Zamawiający uniknąłby sporu, wniesionego odwołania, gdyby celem wyjaśnienia wątpliwości, skierował do Odwołującego zapytanie w trybie art. 26 ust. 4 lub 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podnosił argument, że Odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 lub art. 87 ustawy. Jednakże Odwołujący nie miał wiedzy, aby u Zamawiającego powstały jakiegokolwiek wątpliwości związane ze złożonymi dokumentami. W ocenie Odwołującego złożone dokumenty były prawidłowe. Zamawiający również – w treści uzasadnienie odrzucenia oferty – nie wskazywał na konkretną przyczynę niezgodności treści dokumentów. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i powinien ponownie dokonać badania i oceny oferty Odwołującego Konsorcjum Schuessler, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia. Dotyczy to także konieczności wyjaśnienia przez Zamawiającego okoliczności rozbieżności dotyczących dokumentów - załącznika nr 4 i 5.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum Sudop Polska oraz SUDOP PRAHA a.s.:

Powyższy zarzut został przez Odwołującego wycofany w trakcie rozprawy. W trakcie rozprawy ustalono bowiem, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca konsorcjum Sudop Polska oraz SUDOP PRAHA a.s. uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokument wykazu wykonanych usług (załącznik nr 4). Z uzupełnionego dokumentu wynikało, iż wykonawca ten wykonał w okresie listopada 2009 do stycznia 2010 Studium Wykonalności na rzecz Zamawiającego – Zarząd Infrastruktury Kolejowej o.p. (Praga), o wartości powyżej 1 mln złotych, a także wykonał Program Funkcjonalno – Użytkowy w okresie od 01/07/2011 r. do 30/09/2011 r. na rzecz Zamawiającego PKP PLK S.A. W Warszawie o wartości powyżej 300 mln złotych. Przedstawiono także referencje oraz zaświadczenie z dnia 4 października 2010 r. Powyższe oznaczają, iż wykonawca ten spełnił warunek Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko Wykonawcy Konsorcjum Grontmij w zakresie zarzutów dotyczących niesłusznego wykluczenia tego wykonawcy.

Zgodnie z art. 354 KC dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią. Oznacza to, że zobowiązanie może zostać uznane za wykonane przez dłużnika dopiero w chwili, gdy dłużnik wykona je w całości. Dopiero całościowe wykonanie przez dłużnika może zostać uznane za wykonanie zgodnie z treścią zobowiązania i skutkiem takiego wykonania jest wygaśnięcie zobowiązania. Wykonanie częściowe zobowiązania pomimo, iż zgodnie z art. 450 KC wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, nie może zostać uznane za wykonanie zobowiązania. Wykonaniem zobowiązania jest bowiem wyłącznie wykonanie zgodnie z jego treścią w całości. Powyższe oznacza, że o wykonaniu można mówić z chwilą zakończenia realizacji usługi. Wykonanie zobowiązania oznacza bowiem zrealizowanie świadczenia przez stronę.

W treści Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane mowa jest o wykazie wykonanych usług. Oznacza to, iż we wskazanym okresie powinno nastąpić wykonanie zobowiązania, a więc zrealizowanie świadczenia przez wykonawcę (biorąc pod uwagę zrealizowanie tej usługi do końca). Powyższa interpretacja jest zgodna z dotychczasową linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, którą skład orzekający Izby niniejszym podziela.

W ocenie Izby użycie czasu przeszłego dokonanego w słowie „wykonane” jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Rady Ministrów było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścił się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Wprowadzenie w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, który stawiał dodatkowe wymaganie, aby również rozpoczęcie usługi mieściło się w okresie 3 lat przed rozpoczęciem procedury przetargowej, jest niezgodne z powyższym Rozporządzeniem i jako takie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i dlatego uznać należy je za niewiążące wykonawców. Z uwagi na fakt, że zarzut postawiony przez Konsorcjum Grontmij dotyczy sprzeczności czynności Zamawiającego z obowiązującymi przepisami Rozporządzenia, w ocenie Izby nie można

uznać, iż zarzut ten jest spóźniony. Przepisy Rozporządzenia są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Każde postanowienie SIWZ naruszające te przepisy jest niewiążące na każdym etapie postępowania. Przyjęty jest sposób rozumienia okresu w jakim usługi te mają być wykonane.

Zamawiający argumentował, iż u podstaw takiego sformułowania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia leżało dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego, z którego wynika, iż Wykonawcy realizują tego typu zadania z wielomiesięcznym opóźnieniem, co znacznie wydłuża proces inwestycyjny. Zamawiającemu zależało, aby realizacji umowy podjął się podmiot, który na bazie dotychczasowego doświadczenia daje gwarancję wykonania usługi w wymaganym okresie referencyjnym. Ponieważ przewidziany przez Zamawiającego okres realizacji umowy wynosi 720 dni (nieco ponad dwa lata), intencją Zamawiającego było sprawdzenie, czy wykonawcy są w stanie wykonać powyższą usługę (tj. rozpocząć i zakończyć) w trzyletnim okresie. Z powyższego, zdaniem Izby wynika, że intencją Zamawiającego było sprawdzenie rzetelności wykonawców i terminowości realizacji przez nich zamówień. Powyższe informacje wynikają z referencji. Czas wykonywania usługi nie świadczy o tym czy usługa została wykonana w sposób należyty. Fakt, że usługa była wykonywana przez okres dłuższy niż 3 lata (zgodnym z SIWZ), nie oznacza, że usługa nie została wykonana należyte i terminowo.

Nie bez znaczenia jest także fakt, że aż 7 wykonawców przedstawiło swoje wątpliwości co do zgodności postanowień SIWZ z treścią Rozporządzenia. Fakt, że aż 7 wykonawców miało wątpliwości tego rodzaju świadczy, że dotychczas przepis ten rozumiany był jednolicie, zaś zapisy SIWZ w niniejszym postępowaniu naruszały reguły dotychczasowego porządku. Nie ma racji Zamawiający twierdząc, iż pomimo swych wątpliwości wykonawcy przystali na tego rodzaju treść SIWZ. Jeden z wykonawców (Konsorcjum BBF) wprost odwołał się do Zamawiającego wnosząc o uznanie wykazanego doświadczenia zgodnie z brzmieniem Rozporządzenia oraz dotychczasową linią orzeczniczą KIO.

Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie zaskarżył w przysługującym mu terminie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Izba stanęła na stanowisku, iż z faktu, że wykonawca uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumenty, nie można wywodzić, że przyznał on Zamawiającemu rację co zgodności treści SIWZ z Rozporządzeniem bądź przyzwoleniem na treść SIWZ. Izba w pełni podziela i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 26 sierpnia 2010 roku sygn. akt KIO 1729/10: „Zrozumiałe jest, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, uzupełnia dokumenty w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie bez zaskarżania czynności wezwania, licząc na zakończenie w korzystny dla siebie sposób sporu

co do poprawności oferty (czy też na niedopuszczenie do takiego sporu). To dopiero czynność odrzucenia oferty, jako bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu i na wynik tego postępowania, jest tą czynnością, wobec której wykonawcy – kierując się względami racjonalnego działania – korzystają ze środków ochrony prawnej.”

W świetle powyższych rozważań bezzasadne są także okoliczności podnoszone przez Konsorcjum Schuessler wobec braku zgodności terminu realizacji zamówienia z wymagania SIWZ w zakresie usługi na rzecz EC1 Łódź Miasto Kultury wykazywanej przez Konsorcjum BBF jako potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Ocena jednak spełnienia tego warunku przez Konsorcjum BBF została poruszona także przez Konsorcjum Grontmij i omówiona w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego względem oferty Konsorcjum AECOM należy zauważyć, że Konsorcjum zostało wezwane przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu – wykazu wykonanych usług. Z powyższego faktu należy wywieść wniosek, że przedstawiony w ofercie wykaz nie spełniał wymagań Zamawiającego określonych w treści SIWZ, a tym samym nie potwierdzał spełnienia przez wykonawcę spełnienia warunków SIWZ. Na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w wyznaczonym terminie wykonawca uzupełnił wymagany wykaz usług. W wykazie tym przedstawił kilka pozycji dotyczących wykonanego studium wykonalności oraz kilka pozycji wykonanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Z przedstawionego wykazu wynika, że na chwilę składania ofert wykonawca ten spełnił warunki udziału w postępowaniu, bowiem zrealizował wymagane przez Zamawiającego studium wykonalności oraz Program Funkcjonalno – Użytkowy. Odwołujący nie podnosił żadnych zarzutów w zakresie innych usług zrealizowanych przez Konsorcjum AECOM (i przedstawionych w nowym wykazie).

Z powyższego wynika, że przedstawiony przez Konsorcjum AECOM wykaz (na wezwanie Zamawiającego) potwierdzał, że wykonawca ten spełniał warunki udziału w postępowaniu już w chwili składania ofert. Przedłożony pierwotnie w ofercie wykaz nie potwierdzał takiej okoliczności. Jednakże art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony w takim właśnie celu, aby wykonawcy, którzy pomimo, iż faktycznie spełniają wymagania SIWZ, a nie przedstawili ich w ofercie, mieli możliwość sanowania własnego zaniechania, naprawienia formalnego uchybienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Fakt, że pierwotnie przedstawiony wykaz nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie oznaczał w rzeczywistości, że Konsorcjum AECOM nie spełnia tych warunków. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdził nowy wykaz. Wobec powyższego należy stwierdzić, że przedstawione przez Konsorcjum AECOM dane w pierwotnym wykazie, nawet jeśli były niepełne, nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania, bowiem wykonawca AECOM spełniał warunki udziału w postępowaniu na chwilę składania ofert.

Izba zwraca uwagę na fakt, że Zamawiający aby uruchomić procedurę wyjaśniania, musiałby powziąć wątpliwości. W niniejszej sprawie Zamawiającemu nie był znany fakt, że w ramach Projektu „Wizja Kolei Dużych Prędkości w Korytarzu Północnowschodnim” Odwołujący np. mógł nie realizować usługi wykonania PFU. O takim braku poinformowali Zamawiającego dopiero wykonawcy w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zatem Zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie potwierdził się zarzut naruszenia artykułu 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum BBF. Celem uregulowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest wykluczenie wykonawcy, który wprowadza Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podnosił, iż Konsorcjum BBF złożyło nieprawdziwe informacje przedstawiając w wykazie posiadanego doświadczenia (wypełniony załącznik nr 4), iż zrealizowane Studium Wykonalności i Program Funkcjonalno – Użytkowy obejmowało wymaganą budowę lub modernizację linii kolejowej. Zamawiający przyznał, że PKP PLK S.A. z uwagi na to, że w ramach zamówienia planowano dokonać przekształceń całej infrastruktury Dworca Łódź Fabryczna i jego otoczenia, zawarto umowę w sprawie nawiązania Partnerstwa między Miastem Łódź a Polskimi Kolejami Państwowymi SA i PKP PLK S.A. w celu uregulowania stanu prawnego terenu Stacji Kolejowej Łódź Fabryczna i realizacji projektu Nowe Centrum Łodzi. Powyższe oznacza, że zaplanowana inwestycja uwzględniała również udział PKP PLK S.A. (a więc Zamawiającego w niniejszym postępowaniu). Z powyższego wynika, iż powyższa inwestycja jest znana Zamawiającemu, zatem przedstawione w wykazie informacje nie mogły wprowadzić w błąd Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, iż opracowanie, które Konsorcjum BBF przedstawiło na potwierdzenie warunku posiadania doświadczenia przy wykonaniu Programu Funkcjonalno – Użytkowego lub Studium Wykonalności, nie obejmowało projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej, tym samym Konsorcjum BBF nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba uznała powyższy zarzut za uzasadniony.

SIWZ nie definiowała pojęcia linii kolejowej. Jednakże istnieje definicja legalna tego pojęcia zawarta w ustawie z dnia 23 marca 2003 roku o transporcie kolejowym. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy o transporcie kolejowym linia kolejowa jest to droga kolejowa mająca początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajęтыми pod nie gruntami.

Art. 4 ust. 5 ustawy definiuje odcinek linii kolejowej jako część linii kolejowej zawartą między węzłami linii kolejowej albo między punktem początkowym lub końcowym linii kolejowej i najbliższą stacją węzłową. Zgodnie z art. 4 ust. 1a ustawy o transporcie kolejowym za drogę kolejową uważana jest nawierzchnia kolejowa wraz z podtorzem i budowlami inżynieryjnymi oraz gruntem, na którym jest usytuowana. Z powyższych definicji wynika, że dla uznania danej drogi kolejowej za linię kolejową niezbędne jest ustalenie początku i końca takiej drogi. Linią kolejową nie jest jakakolwiek część torów, lecz jedynie taka część, w odniesieniu do której może zostać wyznaczony jej początek lub koniec, przy czym mogą one zostać wyznaczone przez wskazanie stacji węzłowych będących początkiem lub końcem takiej linii. Biorąc powyższe pod uwagę nie sposób uznać, iż wykonanie przez wykonawcę Konsorcjum BBF Studium Wykonalności „Studium wykonalności wraz z programem funkcjonalno - użytkowym, koncepcją koordynacyjną zagospodarowania przestrzeni poniżej terenu rejonu dworca Łódź -Fabryczna, w obszarze wykopu (według załącznika graficznego) oraz opracowanie materiałów do wniosku o dofinansowanie z funduszy Unii Europejskiej, raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, opracowanie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, opracowanie wniosków o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji, decyzji o warunkach zabudowy i równoważnych, oszacowania wartości zamówienia, opracowania materiałów przetargowych, rozbicia ceny oferowanej na wykonanie robót w systemie „projekt i budowa” z wyceną tych robót na potrzeby zamawiającego i udziału w procedurach przetargowych, procedurach związanych z uzyskaniem dofinansowania”, które Konsorcjum BBF przedstawiło na potwierdzenie warunku dotyczącego wykonania Programu Funkcjonalno -Użytkowego stanowiło spełnienie warunku Zamawiającego określonego jako posiadanie doświadczenia przy wykonaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla projektu inwestycyjnego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej. Z treści przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika, aby wykonane przez niego ww. Studium Wykonalności i Program Funkcjonalno – Użytkowy w jakikolwiek sposób były związane z budową lub modernizacją linii kolejowej w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym. Nie ulega wątpliwości, że opracowanie wykonawcy dotyczyło modernizacji infrastruktury dworcowej oraz kołowych dróg dojazdowych do dworca. Natomiast przedstawione dokumenty w żaden sposób nie potwierdzają, iż Studium Wykonalności i PFU wykonawcy Konsorcjum BBF dotyczyło budowy lub modernizacji linii kolejowej. Konsorcjum BBF nie wskazało nawet, modernizacji lub budowy której konkretnie linii kolejowej dotyczyło zrealizowane opracowanie. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako przedmiot zamówienia nie zostały wyszczególnione jako zakres opracowania budowa lub modernizacja linii kolejowej. Jako zakres zostały wskazane jedynie: budowa podziemnego dworca PKS i MPK, podziemnego układu drogowego, podziemnego zaplecza parkingowego i usługowego, budowa i przebudowa infrastruktury technicznej oraz budowa przestrzeni specjalnej strefy kultury wraz ze specjalną

strefa sztuki centrum festiwalowego oraz rynku Kobro.

Powyższe uprawdopodabnia także fakt, że Zamawiającym dla niniejszego projektu było EC1 Łódź Miasto Kultury w Łodzi. Uprawdopodabnia to fakt, że przedmiotem było samo otoczenie linii kolejowych, a nie bezpośrednia linia kolejowa. Nie zostało dowiedzione, aby sam fakt udziału PKP PLK S.A. w przedsięwzięciu przesądzał o tym, iż w ramach niniejszego projektu przewidziano modernizację lub budowę linii kolejowej.

Z tego też względu Izba uznając, iż potwierdził się zarzut braku spełnienia przez Konsorcjum BBF warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (to jest oferty wykonawcy Konsorcjum BBF). Powyższe oznacza konieczność powtórzenia czynności badania i oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

Podniesione przez przystępującego Konsorcjum AECOM okoliczności dotyczące wstępnego studium wykonalności przedstawionego przez Konsorcjum BBF w wykazie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zostały sformułowane jako zarzut w odwołaniach. Izba orzeka wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Jedynie na marginesie Izba zauważa, że żadna ze stron, jak również żaden z uczestników postępowania nie potrafił wskazać, jakie przepisy prawa, regulują kwestię takiego studium. Z uwagi na brak możliwości rozstrzygnięcia, kiedy mamy do czynienia ze studium wykonalności, a kiedy z przedwstępnym studium wykonalności, wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść Wykonawcy. W niniejszym postępowaniu nie wykazano żadnej różnicy pomiędzy tego rodzaju opracowaniem, z wyjątkiem różnicy w tłumaczeniu z języka angielskiego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....