

Sygn. akt: KIO 868/13

WYROK

z dnia 7 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Anna Chudzik

Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2013r. przez **wykonawcę:** SAFEGE S.A. 15-27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92000 Nanterre, Francja w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy: Getinsa Ingenieria S.L. Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt: KIO 868/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża SAFEGE S.A. 15-27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92000 Nanterre, Francja i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez SAFEGE S.A. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre SAFEGE S.A. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 04.09.2012r. pod poz. 2012/S 169-280088 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w Suplemencie do Dz. Urz. U.E. z dnia 26.09.2012r. pod poz. 2012/S 185 - 303395.

Przedmiotem zamówienia jest nadzór nad modernizacją linii E20/CE 20 na odcinku Siedlce (91,489 km) – Biała Podlaska (170,300 km) w ramach projektu POIiŚ7.1.-9.1.”Modernizacja linii kolejowej E20/CE 20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II.

Postępowanie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający, którym są Polskie Koleje Państwowe Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa.

Odwolanie złożone przez SAFEGE S.A. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja zwany dalej „odwołującym” pismem z dnia 15.04.2013r. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2013r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2010r. nr 113 poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” przedstawiając następujące zarzuty:

1. Zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentów złożonych przez Getinsa Ingenieria S.L. Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zwanego dalej „przystępującym”, czym naruszono art.26 ust.4 i art.7 ust.1 ustawy w związku z art. 24 ust.2 pkt 3 oraz art.26 ust.2b ustawy.
2. Zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego mimo, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu – czym naruszył art.24 ust. 2 pkt 3 w związku z art.26 ust.2b, art.26 ust.3 i art.7 ust.1 ustawy,
3. Zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu oraz dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji – czym naruszył art. 89 ust.1 pkt 3 i pkt 5 i art.7 ust.1 ustawy oraz przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności art.3, art.12 i art.14,
4. Wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego- czym naruszył art.7 ust.3 ustawy – gdyż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki, podlega wykluczeniu a oferta przez niego złożona podlega odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. Wykluczenie z postępowania przystępującego,
3. Odrzucenie oferty przystępującego,
4. Powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Składając odwołanie przywołano właściwe Ogłoszenie o zamówieniu, uzasadniono terminowość wniesienia odwołania, powołano się na interes i szkodę.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację co do faktów i prawa.

Przywołano postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu (Ooz) i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotyczące warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zacytowano wymagania w zakresie wykształcenia, doświadczenia zawodowego dla takich stanowisk jak: Inżynier Projektu, Inżynier Rezydent Nr 1, Inżynier Rezydent Nr 2, Specjalista materiałowy, Specjalista ds. Obmiarowo-Rozliczeniowych, Specjalista ds. kontroli kosztów, Koordynator Dostępu do Torów, Kierownik zespołu przeglądu dokumentacji, Koordynator przeglądu dokumentacji.

Odwołujący powołał się na następującą treść Ooz i SIWZ „W związku z przyjętym przez Zamawiającego sposobem realizacji projektu Wykonawca zapewni obsadę Zespołu Stałego od dnia rozpoczęcia realizacji umowy na roboty budowlane. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Wykonawcy na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczy ona zgłaszania wad. Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawcę w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.”

Przywołano również wymagany dokument jakim jest Wykaz osób sporządzony według wzoru to jest załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie wykazania kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia a także zakresu wykonywanych czynności i podstawie dysponowania tymi osobami. W tym pisemne zobowiązanie innych podmiotów, jeśli wykonawca polega na osobach będących w dyspozycji trzecich podmiotów.

Przywołano również wymóg złożenia stosownych oświadczeń o posiadaniu uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w tym dla cudzoziemców. Według odwołującego wykonawca wybrany to jest przystępujący nie posiada takich osób, ponieważ według posiadanych informacji wszystkie osoby posiadające wymagane uprawnienia i doświadczenie związane były w dacie składania ofert umowami o pracę lub długoterminowymi kontraktami z działającymi na polskim rynku wykonawcami.

Odwołujący postawił szereg tez i hipotez:

1. Wykonawca wybrany nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.
2. Wykonawca wybrany jest zobowiązany do zatrudniania osób trzecich.
3. Krąg osób posiadających uprawnienia jest zamknięty i znany.
4. Wszyscy posiadający wymagane uprawnienia i doświadczenie związani byli w dacie składania ofert długoterminowymi kontraktami z działającymi na polskim rynku wykonawcami.
5. Z uwagi na wymogi stosowane przez Zamawiających (PKP PLK i GDDKiA) umowy zawierane przez Wykonawców z osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Wykonawcy wyłączają możliwość świadczenia w tym samym czasie usług na rzecz innych wykonawców. Udostępnienie zasobów tych osób wymaga zatem zgody wykonawców, z którymi są one związane ważnymi umowami wyłączającymi możliwość świadczenia innych usług bez zgody wykonawcy.
6. Osoby mające kontrakty z wykonawcami, które wyłączają pracę na innych kontraktach stanowią zasoby tych wykonawców.
7. W związku z wyraźnym zastrzeżeniem SIWZ (pkt 8.4.2 str. 11 SIWZ) każdy wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie powinien spełnić ten warunek. Stąd wynika obowiązek każdego wykonawcy do ustalenia czy i kto jest uprawniony do złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Oświadczenie takie może zostać złożone tylko przez osobę uprawnioną.
8. Osoby wchodzące w skład Stałego Zespołu nie będące pracownikami wybranego wykonawcy szczególności prowadzące działalność gospodarczą powinny złożyć oświadczenie o udostępnieniu zasobów.
9. Wybrany wykonawca prawdopodobnie wskazał osoby, którymi „dysponuje” według pkt-u 8.4.2. Wykazu A. Natomiast wykonawca wybrany nie dysponuje osobami, ponieważ osoby te aktualnie wykonują inne kontrakty i nie pozostają w dyspozycji wybranego wykonawcy.
10. Jeżeli wybrany wykonawca wskazał osoby w wykazie B i przedstawił oświadczenia o udostępnieniu zasobów to oświadczenia te są wystawione przez osoby nieuprawnione. Zamawiający mając wiedzę, że przystępujący jest wykonawca zagranicznym oraz, że osoby przez niego wskazane są na zagranicznych kontraktach powinien z uwagi na zapisy pkt-u 8.4.2. str. 11 SIWZ oraz treść 7 ustawy wyjaśnić wykaz A i B w trybie art.26 ust.4 lub art.26 ust.3 uzupełnić dokumenty. Nie

czyniąc tego zamawiający wybrał wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

11. Zamawiający wzywał wykonawcę wybranego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy co do Kierownika Przeglądu Dokumentacji w dniu 17 stycznia 2013r. Zamawiający powinien wiedzieć czy dana osoba należy do zasobu innego wykonawcy czy prowadzi działalność gospodarczą.
12. Uwzględniając powyższe założenia należy stwierdzić, że wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy w związku z art. 26 ust.2 b, art.26 ust.3 i art.7 ust.1 ustawy, a jego oferta odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 ustawy.
13. Odwołujący przypomina „W związku z przyjętym przez Zamawiającego sposobem realizacji projektu Wykonawca zapewni obsadę Zespołu Stałego od dnia rozpoczęcia realizacji umowy na roboty budowlane. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Wykonawcy na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczy ona zgłaszania wad. Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawcę w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.”
14. Odwołujący podnosi, że wskazanie w składzie Stałego Zespołu Wykonawcy osób, które w dniu składania ofert są związane kontraktem zobowiązującym te osoby do pracy na innym kontrakcie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wybranego wykonawcy.
15. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art.3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).
16. Zgodnie z art.12 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracy, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim(...)”.
17. Działania polegające na nakłanianiu podwykonawcy do porzucenia kontraktu i podjęcia się wykonywania kontraktu, o który ubiega się wybrany wykonawca

wyczerpuje znamiona nieuczciwej konkurencji. W taki, bowiem sposób należy traktować oświadczenie wybranego wykonawcy, że osoby, które są związane długoterminowymi kontraktami będą wykonywały przedmiotowe zamówienie w sytuacji zakazu wymienionego w pkt.8.4.2. SIWZ (str.11).

18. Z kolei ewentualne zawarcie w ofercie oświadczenia (Wykaz A zał. nr 4), że wykonawca dysponuje osobami, w sytuacji gdy nimi nie dysponuje narusza art.3 i 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi , że „Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie (...) wprowadzających w błąd wiadomości o swoim(...) przedsiębiorstwie.”
19. W konsekwencji oferta wykonawcy wybranego podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
20. W związku z powyższym odwołujący kończąc stwierdza, że wniesienie odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Pismem z dnia 17kwietnia 2013r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany to jest Getinsa Ingenieria S.L. Madrid Hiszpania, wnosząc o oddalenie odwołania, wskazując na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego w związku z wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

Przystępujący pismem z dnia 19 kwietnia 2013r. złożył wniosek o odrzucenie odwołania powołując się na art.189 ust.2 pkt 3) ustawy z powodu wniesienia odwołania po terminie oraz na art.189 ust.2 pkt 5) ustawy, ponieważ odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Przystępujący w dniu 29 kwietnia 2013r. w piśmie procesowym przedstawił argumentację odnoszącą się do zarzutów zawartych w odwołaniu. Odnosząc się do zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu to odwołujący nie wykazał nie spełnienia warunku i nie podał na czym to niespełnienie polega, wskazując na okoliczność, że przystępujący nie rozpoczął procedury rejestracji inżynierów obcokrajowców oraz, że nie dysponuje polskimi inżynierami. Odwołujący w świetle prawa nie ma możliwości znajomości Wykazu osób, ponieważ przystępujący skutecznie go zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nawet gdyby jak sugeruje w odwołaniu wszedł w posiadanie nazwisk to naruszył swoim zachowaniem prawo i nie może z tych informacji korzystać jako tzw. „owoców zatrutego drzewa”, a przystępującemu przysługują prawa z art.23 ust.1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poza tym odwołujący na żadnym etapie postępowania nie kwestionował zastrzeżenia tajemnicy przez przystępującego co do Wykazu osób.

Przystępujący kwestionuje wiedzę odwołującego co do aktualnego stanu zaangażowania polskich inżynierów na kontraktach, którzy spełniają warunki postawione w SIWZ. Według oficjalnych danych Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, na które powołuje się przystępujący, w Polsce specjalistów w branży kolejowej jest zarejestrowanych 1436 osób [dane ze strony www.GUNB.gov.pl – Centralny Rejestr Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane (CRUB)], a biorąc pod uwagę specjalistów z terenu Unii Europejskiej jest ich kilka tysięcy. W związku z tym twierdzenie odwołującego, że zna stan zaangażowania na kontraktach specjalistów, którzy potencjalnie spełniają warunki SIWZ jest bezpodstawny.

Co do zarzutu braku oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby ludzkie to jest on bezprzedmiotowy, ponieważ przystępujący z takiego zasobu nie korzysta, zresztą odwołujący potwierdza brak takiego oświadczenia, jedynie chyba po to aby sugerować bezpodstawnie wadliwość oferty przystępującego.

Poza tym przystępujący dysponuje osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia w sposób bezpośredni, a nie w sposób pośredni. W związku z tym, nie ma obowiązku składania oświadczenia w trybie art.26 ust.2b ustawy.

Co do zaniechania obowiązku wyjaśnienia Wykazu osób to skoro zamawiający nie miał wątpliwości to nie było potrzeby wzywania przystępującego do składania wyjaśnień.

Co do zarzutu nieuczciwej konkurencji to przystępujący uważa, że w odwołaniu czynu tego nie zdefiniowano. To znaczy nie zdefiniowano jaki czyn stanowi nieuczciwą konkurencję w związku ze złożeniem oferty przez przystępującego. Odwołujący kolejno przywołuje następujące przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji(UoZNK) to jest art. 3 ust.1 oraz art.12 ust.1 i 14 tejże ustawy oZNK . Nawet gdyby przyjąć, że podnoszony zarzut z UoZNK to przejmowanie pracowników czy osób współpracujących z odwołującym to nie jest to czyn nieuczciwej konkurencji. Poza tym wspomniane przez odwołującego nakłanianie inżynierów do zerwania kontraktów nie zostało w żaden sposób wykazane przez odwołującego. Niemniej nawet gdyby przyjąć taką sytuację za istniejącą to w myśl orzecznictwa nakłanianie pracownika do zmiany pracy czyli rozwiązania dotychczasowego stosunku pracy w celu pozyskania lepszych warunków pracy nie można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Gdyby w tym zakresie podzielić pogląd odwołującego to wszystkie agencje zatrudnienia czy tzw. head –hunterzy prowadziliby co do zasady nielegalną działalność. W tym miejscu przystępujący przywołał Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 20 czerwca 2007roku, Sygn. akt VI GC 16/07 zgodnie z którym „Nakłanianie wprost do zmiany pracy, a więc do rozwiązania stosunku pracy z dotychczasowym pracodawcą , jest zwykłym i w zasadzie dozwolonym działaniem zmierzającym do pozyskiwania pracowników. Oferowanie lepszych warunków pracy na konkurencyjnym rynku nie jest więc generalnie ani nieuczciwe ani nieetyczne.”

Tak samo za niezasadny uważa czyn „rozpowszechniania wprowadzających w błąd wiadomości”. Odwołujący nie ma podstaw do formułowania takiego zarzutu, ponieważ odwołujący po pierwsze nie zna treści Wykazu osób.

Poza tym zarzut formułowany na podstawie art.14 UoZNK wymaga o odwołującego wykazania świadomego działania sprawcy czyli w tym wypadku przystępującego i to nakierowanego na rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, mających na celu szkodzić. Przywołał doktrynę potwierdzającą, że czyn ten można tylko popełnić w przypadku celowego, świadomego działania nakierowanego na wyrządzenie drugiemu szkody. I tak (...) „nadanie czynowi nieuczciwej konkurencji charakteru działania zorientowanego na określony rezultat („w celu”) powoduje, że popełnienie jego jest możliwe jedynie z winy umyślnej”. Z kolei orzecznictwo sądów powszechnych, jak choćby Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 22 września 2009r. sygnatura akt: I ACa 267/09 „Czynu określonego w art. 14 uznk dopuszcza się każdy, kto o swoim lub innym przedsiębiorstwie rozpowszechnia wiadomości nieprawdziwe, a mogące szkodzić przedsiębiorstwu. Ze względu na ustawowy wymóg celowości działania czyn taki musi być popełniony świadomie, a więc w warunkach uzasadniających przypisanie sprawcy winy.” Na kanwie takiej interpretacji art.14 UoZNK przystępujący oświadcza, że nie są w stosunku do niego spełnione przesłanki ustawowe tego artykułu , ponieważ przedkładając w ofercie Wykaz osób, posiadał oświadczenia tychże osób, że są zainteresowani współpracą z w przypadku uzyskania zamówienia przez przystępującego u zamawiającego. Tak więc nie można przypisać przystępującemu posługiwania się czy rozpowszechniania informacji nieprawdziwych ani wprowadzających w błąd. Przystępujący wykazał osoby, którymi dysponował i dysponuje.

Podsumowując swoje stanowisko przystępujący uważa, że nie nakłaniał do zerwania kontraktów ani nie rozpowszechniał nieprawdziwych informacji.

Zdaniem przystępującego w odwołaniu nie przedstawiono żadnych dowodów na poparcie swoich hipotez, na podstawie których Krajowa Izba Odwoławcza mogłaby wydać wyrok.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając w tym zakresie umotywowane stanowisko.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ jego oferta zajmuje drugą pozycję w rankingu ofert a wskazane naruszenia uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia, przez co może ponieść szkodę w związku z nie uzyskaniem dochodu.

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sporządzonego przez zamawiającego, Ogłoszeń o zamówieniu, SIWZ, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, korespondencji pomiędzy zamawiającym a przystępującym po złożeniu oferty oraz dowodów przedłożonych przez strony i uczestnika Izba ustaliła co następuje.

W dniu 4 kwietnia 2013r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego po stronie zamawiającego. Z pisma wynika, że oferta przystępującego uzyskała 100 punktów a oferta odwołującego otrzymała 94,20 punktu i zajęła drugą pozycję w rankingu ofert. Zamawiający dokonywał ponowne badanie i ocenę ofert.

Na podstawie Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła.

Termin składania ofert upływał w dniu 19 października 2013r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 32.721.528,46 złotych brutto.

W postępowaniu złożono dziesięć ofert, których ceny wahały się od kwoty: 4.747.500,00 złotych brutto (oferta przystępującego) do kwoty 16.601.310,00 złotych brutto w tym oferta odwołującego na kwotę: 6.199.200,00 złotych brutto.

Na podstawie Ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) i załączników do SIWZ Izba ustaliła.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 04.09.2012r. pod poz. 2012/S 169-280088 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w Suplemencie do Dz. Urz. U.E. z dnia 26.09.2012r. pod poz. 2012/S 185 - 303395.

Przedmiotem zamówienia jest nadzór nad modernizacją linii E20/CE 20 na odcinku Siedlce (91,489 km) – Biała Podlaska (170,300 km) w ramach projektu POIiŚ 7.1.-9.1. "Modernizacja linii kolejowej E20/CE 20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II. Precyzując to przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi nadzoru w ramach której wykonawca jest zobowiązany między innymi do: nadzoru, administrowania, rozliczania i koordynacji realizacji umów zarówno pod kątem technicznym, rzeczowo-finansowym jak i formalno-prawnym, jakie będą podpisane z wykonawcami robót, wyłonionymi w ramach odrębnych przetargów polegające

na pełnieniu: funkcji Inżyniera Projektu zgodnie z warunkami żółty Fidic- 1999r., wykonanie nadzoru inwestorskiego zgodnie z ustawą Prawo budowlane i rozporządzeniami wykonawczymi, koordynacji realizacji umów zawartych na wykonanie prac modernizacyjnych przedmiotowego odcinka linii kolejowej i stacji, reprezentowanie zamawiającego w procesie inwestycyjnym i czynnościach odbiorowych zgodnie z obowiązującymi umowami z wykonawcami oraz przepisami prawa (źródło Sekcja II Przedmiot zamówienia).

W związku z przedmiotem zamówienia do realizacji, zamawiający określił stosowne warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia potencjalnych wykonawców. W tych warunkach ustalił między innymi obowiązujący każdego wykonawcę składającego ofertę Wykaz osób, przy pomocy których wykonawca będzie realizował zamówienie.

Wykaz ten wskazywał :”1.Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:1)musi dysponować następującymi osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia : -Inżynier projektu, - Inżynier Rezydent nr 1, -Inżynier Rezydent nr 2, - Specjalista materiałowy, -Specjalista ds. Obmiarowo-Rozliczeniowych,- Specjalista ds. kontroli kosztów,- Koordynator dostępu do Torów, -Kierownik zespołu przeglądu dokumentacji, - Koordynator przeglądu dokumentacji w specjalności mostowej,- Koordynator przeglądu dokumentacji w zakresie stacje, linie, węzły kolejowe,- Koordynator przeglądu dokumentacji w zakresie sterowanie ruchem kolejowym.

W związku z przyjętym przez Zamawiającego sposobem realizacji projektu Wykonawca zapewni obsadę Zespołu Stałego od dnia rozpoczęcia realizacji umowy na roboty budowlane.

Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Wykonawcy na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad.

Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawcę w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.”(źródło: Sekcja III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym III2) Warunki udziału III.2.3. Kwalifikacje techniczne Ogłoszenia o zamówieniu”).

Analogiczny zapis znajduje się w SIWZ pkt 8.4.2. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z poniższym wyszczególnieniem („Zespół stały”): (...). Po wyliczeniu stanowisk i związanych z nimi wymogami w zakresie, wykształcenia, kwalifikacji(doświadczenia), uprawnieniami, analogicznie jak w Ogłoszeniu o zamówieniu znajduje się zapis” W związku z przyjętym przez Zamawiającego sposobem realizacji projektu Wykonawca zapewni obsadę Zespołu Stałego od dnia rozpoczęcia realizacji umowy na roboty budowlane.

Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Wykonawcy na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad.

Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawcę w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.”

Zgodnie z punktem 9. Dokumenty, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w punkcie 8: podpunkt 9.1.4 : a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, z informacjami na temat ich(...) oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami (sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 4 do IDW); b) pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (osoby zdolne do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia(...) Uwaga ! pisemne zobowiązania innych podmiotów jest obowiązany zawrzeć w swojej ofercie ten Wykonawca, który polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia tych podmiotów.”

Wśród załączników do SIWZ w Załączniku Nr 4 do IDW o nazwie „Wzór Wykazu osób, które będą wykonywać niniejsze zamówienie zamieszczono dwa wzory oznaczone A i B Wzory różnią się ostatnią kolumną do wypełnienia. W wykazie A ostatnia kolumna ma treść „Podstawa dysponowania (np. umowa o pracę lub inny stosunek cywilno-prawny potwierdzający bezpośrednio dysponowania)”.

Z kolei Wzór Wykazu oznaczonego literą B w ostatniej kolumnie ma treść ”Podstawa dysponowania (np. umowa o dzieło, zlecenie, kontrakt cywilnoprawny, itp.). Przy czym do przedmiotowego wykazu należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia każdej ze wskazanych w wykazie B osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”.

Projekt umowy w §13 zawiera szereg uregulowań odnoszących się do Personelu Wykonawcy. Między innymi znajdują się uregulowania o następującej treści: Wykonawca oświadcza, że w całym okresie realizacji Umowy zapewni dostępność niżej wyszczególnionego personelu, gwarantującego sprawny nadzór nad umowami zawartymi w ramach projektu. Wymienia się Stały Zespół Wykonawcy obejmujący:

a) Inżynier projektu, b) Inżynier Rezydent nr 1, Inżynier Rezydent nr 2, c) Specjalista materiałowy, d) Specjalista ds. Obmiarowo-Rozliczeniowych – 2 osoby, e) Specjalista ds. kontroli kosztów, f) Koordynator dostępu do Torów, g) Kierownik zespołu przeglądu dokumentacji, h) Koordynator przeglądu dokumentacji w specjalności mostowej, i) Koordynator przeglądu dokumentacji w zakresie stacje, linie, węzły kolejowe, j) Koordynator przeglądu dokumentacji w zakresie sterowanie ruchem kolejowym.

Wymienia się również stanowiska zespołu Wykonawcy o zmiennej liczebności.

Co do stałego Zespołu Wykonawcy umowa zawiera w szczególności następujące regulacje: Ani Wykonawca, ani jego Podwykonawcy, ani też ich personel – z zastrzeżeniem ust.10 – nie zaangażują się w trakcie obowiązywania Umowy pośrednio lub bezpośrednio, w żadną działalność gospodarczą lub zawodową, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nich na podstawie Umowy.10.Osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Inżyniera na wcześniej zawartych kontraktach tylko, jeżeli dotyczą one okresu zgłaszania wad. Powyższy zapis dotyczy oddzielnie każdego kontraktu na roboty. Terminy urlopów wypoczynkowych członka Stałego Zespołu przypadające w okresie realizacji Usługi muszą być uzgodnione z Dyrektorem Projektu. Na czas urlopu lub nieobecności członka Stałego Zespołu Inżyniera, Wykonawca zobowiązany jest do zastąpienia go ekspertem tymczasowym, o którym mowa w ust.13 poniżej. Fakt zastąpienia członka Stałego Zespołu ekspertem tymczasowym należy zgłosić do Dyrektora projektu, przedstawiając dokumenty, które potwierdzą spełnianie przez daną osobę warunków przewidzianych w SIWZ. Dyrektor Projektu zweryfikuje posiadane kwalifikacje i doświadczenie eksperta tymczasowego i pisemnie zaakceptuje osobę lub będzie wymagał od wykonawcy zaproponowania innej osoby. Projekt umowy zawiera szereg innych postanowień odnoszących się do warunków zmiany Personelu Stałego Inżyniera Kontraktu a także zasad rozwiązania umowy czy to z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, czy to po stronie zamawiającego, jak i z przyczyn od stron umowy niezależnych (§ 23).

Zamawiający określił następująco termin realizacji zamówienia: Data rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy – dzień podpisania Umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Nadzór w okresie realizacji robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” wynosi 35 miesięcy; Nadzór w okresie gwarancji 36 miesięcy od zakończenia nadzoru w okresie realizacji robót budowlanych. Końcowe rozliczenie nadzorowanych umów oraz umowy własnej – 2 miesiące od zakończenia nadzoru w okresie gwarancji dla robót budowlanych (punkt 3 SIWZ okres realizacji zamówienia – str. 6 SIWZ).

Co do treści złożonej oferty przez wykonawcę wybranego (przystępującego po stronie zamawiającego) oraz korespondencji między zamawiającym a tym wykonawcą po złożeniu oferty Izba ustaliła.

Oferta Getinsa Ingeneria S.L. z siedzibą w Madrycie (wykonawca wybrany) zawiera część niejawną w tym odnoszącą się do Wykazu osób, którymi dysponuje Wykonawca i które będą

uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Wykaz sporządzono według Wzoru A czyli bez oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobu w trybie art.26 ust.2b ustawy i zawiera 11 osób zgodnie z nomenklaturą przewidzianą w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ co do stanowisk Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu.

W dniu 23 listopada 2012r. zamawiający zwrócił się do przystępującego (wykonawca wybrany) z wezwaniem o wyjaśnienie między innymi co do Wykazu osób z czego wynika, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jakie działania zostały podjęte w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów oraz czy do imion i nazwisk oraz innych danych związanych z doświadczeniem i kwalifikacjami osób wskazanych w wykazie brak jest dostępu w zwykłej drodze.

W dniu 30 listopada 2012r. wykonawca wybrany udzielił odpowiedzi, w której podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy udzielając wyjaśnień na temat okoliczności powodujących nie wyrażenie zgody na odtajnienie treści Wykazu osób, oraz podjętych czynności zapewniających ochronę tychże informacji w tym ze wskazaniem orzecznictwa krajowego i europejskiego w tym zakresie.

W dniu 17 stycznia 2013r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do uzupełnienia Wykazu osób na podstawie art.26 ust.3 i 4 ustawy.

W dniu 24 stycznia 2013r. wykonawca uzupełnił Wykaz zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

Odwołujący na rozprawie przedstawił następujące dowody na poparcie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Umowę o świadczenie usług zawartą w dniu 01.03.2013r. pomiędzy odwołującym a mgr inż. L..... J..... wraz z zał. nr 1 do umowy – obowiązki Inżyniera Rezydenta oraz aneksami do umowy (cztery), które kolejno przedłużały czas trwania umowy, ostatecznie do dnia 31.05.2013r. Umowa i załącznik do umowy oraz aneksy zostały przedłożone z powycinanymi fragmentami tych dokumentów, ponieważ odwołujący chroni tajemnicę uzgodnień pomiędzy stronami tej umowy, a Izba odmówiła utajnienia tych dokumentów oraz utajnienia części rozprawy w związku z przedłożeniem tych dowodów. Umowa zawiera warunki jej rozwiązania oraz konsekwencje wynikające z rozwiązania czy odstąpienia od umowy. Dokumenty powyżej opisane odwołujący złożył na okoliczność, iż Pan mgr inż. L..... J..... jest związany węzłem umownym z odwołującym i dlatego przystępujący

nie ma prawa podawać jego kandydatury na osobę przy pomocy, której przystępujący będzie wykonywać przedmiotowe zadanie.

Kolejny dokument dotyczy Pana S..... S..... Na zadane pytanie przez odwołującego, PKP Polskie Linie Kolejowe podało, że Pan S..... S..... pełni funkcję Inżyniera Rezydenta na odcinku modernizowanej linii kolejowej Warszawa -Gdynia-obszar LCS Działdowo od dnia 01.02.2012r. do chwili obecnej. Odwołujący dołączył również wyciąg z SIWZ wskazujący na czas trwania nadzoru w okresie realizacji robót budowlanych –do 14 grudnia 2014r., okoliczność zaliczenia funkcji Inżyniera Rezydenta do Stałego Zespołu Wykonawcy, zakazu równoległej pracy osób Zespołu Stałego Inżyniera (pkt 10), o zasadach zastępstwa na czas nieobecności przez eksperta tymczasowego (pkt 13). Przedstawił także wyciąg SIWZ GDDKiA zarządzanie kontraktem w zakresie budowy-budowa obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50, na podstawie którego ustalono, że reguluje on między innymi zasady zmiany w składzie personelu w przypadku nieefektywności osób, konieczności ich wymiany, odstąpienia od umowy czy obniżenia wynagrodzenia.

Kolejno odwołujący przedłożył Pismo MGGP S.A. z siedzibą w Warszawie o tym, że nie udostępniali zasoby ludzkie na przedmiotowe zadanie oraz, że „Nie dotarły do nas żadne wypowiedzenia umowy naszych pracowników związane z realizacją wspomnianego projektu”

Przystępujący złożył oświadczenia (12 sztuk), wszystkich członków Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu z którego wynika, że na dzień składania ofert dysponował ich oświadczeniami, że (...) w przypadku wybrania Getinsa jako oferty najkorzystniejszej i podpisania umowy na realizację przedmiotowego zamówienia między PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. a Getinsa, zobowiązuję się do podjęcia współpracy z Getinsa jako(w tym miejscu wymieniona jedna z funkcji Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu) przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Po zamknięciu rozprawy w dniu 29 kwietnia 2013r. i wyznaczeniu terminu publikacji ogłoszenia na dzień 30 kwietnia 2013r., w dniu 30 kwietnia 2013r. przed wyznaczoną godziną publikacji wyroku wpłynął wniosek odwołującego z dnia 30.04.2013r. o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy. Jako powód podano pojawienie się po zamknięciu rozprawy nowych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (pismo w aktach sprawy). Tymi nowymi okolicznościami jak podał odwołujący jest wniesienie odwołania w kolejnej sprawie przetargu u zamawiającego przez przystępującego(Getinsa) to jest na odcinek modernizacji linii kolejowej na odcinku Warszawa –Białystok –granica z Liwą I etap Rembertów – Zielonka- Tłuszcz. Z nowego odwołania wynika, że pełnomocnik Getinsa na rozprawie składał nieprawdziwe informacje, wiedząc, że lista współpracowników w tym nowym

postępowaniu została odtajniona, a przez ukrywanie tej okoliczności odwołujący nie mógł wykazać, że członkowie Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu mają inne kontrakty na dzień składania oferty. W przedmiotowym postępowaniu złożył również wniosek dowodowy o przesłuchanie Pani H..... S..... i jej pracodawcy K..... Z..... firma Kolmen, na okoliczność, że Pani Hanna Sulek bez zgody Pana Kazimierza Zbocha nie może pracować na innych kontraktach. Poza tym złożył jako dowód pismo z dnia 05.04.2013r. nr IRZUa-0815-POIIŚ7.1-22.1/w-2a/13 PKP Polskie Linie Kolejowe, z którego wynika, że argumentacja przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego w dniu 29.04.2013r. stoi w sprzeczności ze stanowiskiem reprezentowanym w piśmie jak wyżej PKP Polskie Linie Kolejowe. Do pisma załączono odwołanie Getinsa, wspomniane powyżej pismo do Getinsa z dnia 05.04.2013r. nr IRZUa-0815-POIIŚ7.1-22.1/w-2a/13 PKP Polskie Linie Kolejowe, odpowiedź Getinsa z dnia 8 kwietnia 2013r. do PKP Polskie Linie Kolejowe objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, pismo z 17 kwietnia 2013r. PKP Polskie Linie Kolejowe do Getinsa oraz pismo Getinsa z dnia 19 kwietnia 2013r. do PKP Polskie Linie Kolejowe z zastrzeżeniem jak w powyższym piśmie klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 2 maja 2013r przystępujący złożył wniosek przeciwny to jest o nie otwieranie rozprawy na nowo. Zaprzeczył twierdzeniu odwołującego o odtajnieniu wykazu i przywołał w tej sprawie wyrok KIO 2874/12 z dnia 10 stycznia 2013r., który zalegalizował utajnienie Wykazu.

Poza tym wskazał na okoliczność, że jeżeli zamawiający w postępowaniu Modernizacja linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa – Zielonka –Tłuszcz (Sadowne) udostępnił w sposób nieuprawniony treść oferty Przystępującego w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, „to i tak informacje pozyskane przez Odwołującego są pozyskane z naruszeniem prawa i jako takie nie mogą być wykorzystane”.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego uznając okoliczności podniesione we wniosku za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy co jest po myśli art.192 ust.3 ustawy.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi naruszenie przez zamawiającego postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ co do warunków udziału w postępowaniu w zakresie oceny przedstawionego przez wykonawcę wybranego, Wykazu osób przy pomocy, których będzie wykonywał zamówienie.

Czyli zarzuty odwołania skierowane są na nieprawidłowości w „Wykazie osób”, przy pomocy których wykonawca wybrany będzie wykonywał zamówienie.

W pierwszym zarzucie odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 26 ust.4 i art. 7 ust.1 w związku z art.24 ust.2 pkt 3 oraz art.26 ust.2b ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentów złożonych przez Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie; Hiszpania czyli wykonawcę wybranego (przystępującego po stronie zamawiającego).

Izba na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i dokonanych na jego podstawie ustaleń nie stwierdza po stronie zamawiającego naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy. Przedstawiony w ofercie „Wykaz osób” przy pomocy których wykonawca wybrany będzie wykonywał zamówienie oraz uzupełnienie „Wykazu” na wskutek wezwania zamawiającego nie wymaga wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 ustawy w związku z treścią art.24 ust.2 pkt 3 jak i art.26 ust.2 b a tym samym art.7 ust.1 ustawy.

Przedewszystkim do złożonej oferty przez wykonawcę wybranego nie mają zastosowania przepisy art.26 ust.2 b ustawy, ponieważ z żadnego dokumentu oferty nie wynika, że wykonawca ten będzie dysponował cudzym zasobem, jeżeli chodzi o osoby przy pomocy, których będzie wykonywał zamówienie. Zarówno w treści oferty jak i w na wskutek uzupełnienia dokumentu w trybie art.26 ust.3 ustawy w dniu 24 stycznia 2013r.w kolumnie „Wykazu osób” - podstawa dysponowania - wpisana została „Umowa o świadczenie usług”. Co świadczy o bezpośredniej relacji z poszczególną osobą w zakresie stosunku umownego, a nie pośredniej relacji wyszczególnionej osoby to jest poprzez podmiot, który tą osobą dysponuje. Tym bardziej, że wykonawca wybrany nie złożył do oferty „pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia każdej ze wskazanych w Wykazie B osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”.

Poza tym w ocenie Izby „zobowiązania innego podmiotu/podmiotów” wykonawca wybrany nie miał obowiązku złożyć skoro składając ofertę oznaczył „Wykaz osób” literą „A” co oznacza według SIWZ bezpośrednio stosunku pomiędzy nim a osobami, przy pomocy których będzie wykonywał zamówienie.

Ponadto za takim stanem rzeczy przemawiają również oświadczenia osób podanych w „Wykazie”, a złożone na rozprawie przez wykonawcę wybranego, które w przypadku wygrania przetargu przez Getinsa i podpisaniu umowy Getinsa z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., zobowiązują się do podjęcia współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Nawet w przypadku gdy dana osoba ma zawarty jakikolwiek stosunek pracy z innym podmiotem/pracodawcą w chwili składania oświadczenia, to nie pozbawia jej taka okoliczność prawa do złożenia zobowiązania współpracy w przyszłości innemu podmiotowi i to niezależnie czy dana osoba reprezentuje wolny zawód np.: inżynier z uprawnieniami budowlanymi czy inny zawód np.: nauczyciel.

W tym stanie rzeczy brak jakichkolwiek okoliczności, które by przemawiały za argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu odwołania i na rozprawie, że osoby z Wykazu wykonawcy wybranego zarówno w ofercie jak i po uzupełnieniu „Wykazu” nie miały prawa zobowiązać się do współpracy w przedmiotowym zamówieniu jak i, że podmiot trzeci powinien złożyć zobowiązanie o udostępnieniu osób wykonawcy wybranemu.

Reasumując odwołujący nie wykazał, że wykonawca wybrany złożył nieprawdziwe informacje co do osób przy pomocy, których będzie wykonywał zamówienie (art.24 ust.2 pkt 3 w zw. z art.26 ust.2b ustawy).

Czyli w ocenie Izby całość przedmiotowej sprawy nie wskazuje na spełnienie się przesłanki z art.26 ust. 4 ustawy co do obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień, przez wykonawcę wybranego w związku z przedłożonym „Wykazem osób” i nie dołączeniem do niego oświadczenia/zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie ma też podstaw do stwierdzenia obowiązku po stronie wykonawcy wybranego oznaczenia „Wykazu osób” literą B (pośredniość dysponowania osobami) zamiast jak to uczynił wykonawca wybrany oznaczył „Wykaz osób” literą „A” (bezpośredniość dysponowania osobami).

Odwołujący w drugim zarzucie wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z 26 ust.2b, art.26 ust.3 i art. 7 ust.1, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie; Hiszpania czyli wykonawcy wybranego (przystępującego po stronie zamawiającego).

Powyższy zarzut to jest zaniechanie wykluczenia z postępowania stanowi skutek pierwszego zarzutu omówionego powyżej. Bowiem skutkiem podania nieprawdziwych informacji jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zresztą w niniejszym zarzucie odwołujący podał prawie takie same przepisy jak w pierwszym zarzucie. Różnica dotyczy tylko art. 26 ust.3. w pierwszym zarzucie wskazano art.26 ust.4 a w niniejszym zarzucie wskazano na naruszenie art.26 ust.3 ustawy to jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów. W tym miejscu należy stwierdzić, że zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2013r.wezwał wykonawcę wybranego do uzupełnienia Wykazu osób. Wezwanie zamawiającego objęte jest tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ dotyczy sfery Wykazu osób, który jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba przeprowadzając na rozprawie dowód zarówno z wezwania zamawiającego jak i odpowiedzi na wezwanie, która została udzielona w dniu 24 stycznia 2013r., stwierdza fakt uzupełnienia Wykazu osób o nową osobę w miejsce osoby zakwestionowanej przez zamawiającego.

Wobec tak sformułowanego zarzutu w ocenie Izby nie zasługuje on na uwzględnienie, tak jak zarzut pierwszy. Reasumując zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy.

Odwołujący w trzecim zarzucie wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust.1 pkt 3 i pkt 5 i art. 7 ust.1 oraz przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności art.3, art.12 i art.14, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie; Hiszpania czyli wykonawcy wybranego (przystępującego po stronie zamawiającego) mimo, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu oraz dopuszczenia się nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z argumentacją uzasadnienia odwołania, wykonawca wybrany nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ osoby przy pomocy których będzie wykonywał zamówienie to jest osoby wymienione w Wykazie osób według zał. nr 4 do SIWZ (tzw. Stały Zespół Inżyniera Kontraktu) są na innych kontraktach, które nie zakończą się do czasu rozpoczęcia przedmiotowego zamówienia. Natomiast postanowienia SIWZ wykluczają udział takich osób w realizacji niniejszego zamówienia, ponieważ członek Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu nie może być zaangażowany w realizacji innego zamówienia, chyba że ta inna realizacja jest na etapie zgłaszania wad. Podnosząc tę okoliczność odwołujący wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji w związku ze złożoną ofertą przez wykonawcę wybranego (przystępującego po stronie zamawiającego) z powodu wskazania osób, które łamią postanowienia SIWZ, ponieważ w okresie kiedy będzie realizowane zamówienie związani będą wcześniej zawartymi kontaktami, które nie będą na etapie zgłaszania wad tylko w trakcie realizacji robót budowlanych.

Odwołujący wskazuje na zwalczanie takich praktyk przez zamawiających gdzie jedna osoba jednocześnie zaangażowana jest u kilku Inżynierów Kontraktu. Dla przykładu podał postanowienia SIWZ gdzie zarówno zamawiający jak i Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zawarli w SIWZ stosowne postanowienia ograniczające pełnienie funkcji przez osoby wchodzące w skład Stałych Zespołów Inżyniera Kontraktu w więcej niż jednym kontrakcie jednocześnie. Takie ograniczenia pełnienia funkcji tylko do jednego kontraktu jednocześnie nie dotyczą fazy kontraktu, w której następuje zgłaszanie wad po dokonanych odbiorach robót budowlanych. Przedmiotowe postanowienia w projekcie umowy zostały sformułowane następująco „Osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Inżyniera na wcześniej zawartych kontraktach tylko, jeżeli dotyczą one okresu zgłaszania wad”. Przy czym w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ treść zastrzeżeń zamawiającego jest szerszy i dotyczy także ofertowania to jest: „W związku z przyjętym przez Zamawiającego sposobem realizacji projektu Wykonawca zapewni obsadę Zespołu Stałego od dnia rozpoczęcia realizacji umowy na roboty budowlane.

Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę

osób Zespołu Stałego Wykonawcy na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad.

Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawcę w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.”

Powyższe postanowienia dotyczące ograniczeń wykonawców odnoszą się do etapu realizacji zamówienia oraz etapu ofertowania. Zakaz na etapie ofertowania dotyczy możliwości zaoferowania jednej osoby nie więcej jak na jedno stanowisko. Natomiast zakaz jednoczesnego pełnienia funkcji u więcej niż jednego zamawiającego odnosi się do etapu realizacji zamówienia. Natomiast z powyżej cytowanych postanowień Ogłoszenia o zamówieniu jak i SIWZ nie wynika zakaz na etapie składania oferty pełnienia funkcji, nawet gdy termin związania funkcją nie wygasa w dniu rozpoczęcia przedmiotowej realizacji zamówienia, a tym bardziej w dniu składania oferty. Co nie oznacza, że wykonawca na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia ma obowiązek zadysponowania osobami wymienionymi w Wykazie osób przy pomocy których ma wykonywać zamówienie. Bowiem okres pomiędzy złożeniem oferty a rozpoczęciem realizacji powinien być przeznaczony na przygotowanie się osób do pełnienia funkcji u zamawiającego w tym do ewentualnego rozwiązania umów w przypadku nie zakończenia ich przed rozpoczęciem realizacji przedmiotowego zamówienia. Natomiast fakt zaangażowania danej osoby przeznaczonej do Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu na innym zamówieniu w dacie składania oferty przez wykonawcę nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Bowiem sam fakt złożenia oferty w procedurze otwartej nie gwarantuje żadnemu wykonawcy a tym samym osobom przy pomocy, których wykonawca ma wykonywać zamówienie, uzyskanie tego zamówienia a przez to spodziewanych dochodów (zarobku).

Gdyby złożenie oferty równało się z zawarciem umowy na wykonanie zamówienia to można byłoby podzielić pogląd odwołującego, że osoby wyznaczone do Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu powinny na dzień składania oferty pozostawać bez zatrudnienia czyli bez gwarancji środków do życia.

Natomiast pominąwszy powyższe rozważania natury praktycznej, stanowisko odwołującego co do obowiązku pozostawania do wyłącznej dyspozycji Inżyniera Kontraktu na dzień składania ofert jest bezpodstawne z powodu postanowień przedmiotowego SIWZ, w którym nie ma konkretnie ustalonej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia, a jedynie ustalony jest czas trwania kontraktu. Zgodnie z już powyżej cytowanym zapisem SIWZ zamawiający określił następująco termin realizacji zamówienia: „Data rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy – dzień podpisania Umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Nadzór w okresie realizacji robót budowlanych w systemie „projektuj i buduj” wynosi 35 miesięcy;

Nadzór w okresie gwarancji 36 miesięcy od zakończenia nadzoru w okresie realizacji robót budowlanych. Końcowe rozliczenie nadzorowanych umów oraz umowy własnej – 2 miesiące od zakończenia nadzoru w okresie gwarancji dla robót budowlanych” (punkt 3 SIWZ okres realizacji zamówienia – str. 6 SIWZ).

Tak więc badanie złożonej oferty pod kątem możliwości wykluczenia z postępowania (art.24 ust.2 pkt 4 ustawy) z powodu, że na dzień składania oferty osoby mające wykonywać zamówienie są związane innymi kontraktami, których terminy realizacji mogą się pokrywać z niniejszym zamówieniem, jest bezprzedmiotowe. Zresztą wydaje się to chyba także oczywiste dla odwołującego, ponieważ jego argumentacja nie wskazuje na zaniechanie wykluczenia z tego powodu czyli na spełnienie się dyspozycji z art.24 ust.2 pkt 4 ustawy tylko na dyspozycję art.89 ust.1 pkt 3 i 5 ustawy w związku z czynem nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby zamawiający postanawiając w SIWZ o zakazie łączenia funkcji w okresie realizacji zamówienia nie miał na celu sprawdzania tego wymogu na etapie ofertowania tylko w dacie rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Stawianie tak rygorystycznych barier już na etapie przetargu uniemożliwiłoby wykonawcom, zwłaszcza mniejszym pod względem statusu przedsiębiorcy, składać ofert w więcej niż jednym postępowaniu.

Natomiast złożenie oferty w procedurze otwartej nie gwarantuje wygrania przetargu czyli uzyskania zamówienia poprzez zawarcie umowy z zamawiającym.

Tym bardziej, że ustawodawca wyposażył zamawiających w instrument zatrzymania wadium w przypadku odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy). W przedmiotowym postępowaniu sankcja w postaci utraty wadium wynosi 400.000 złotych (kwota wadium ustalona w punkcie 11 SIWZ strona 17). Poza tym w przypadku odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego, zamawiającemu przysługuje prawo zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę, bez ponownego badania i oceny ofert (art. 94 ust.3 ustawy).

Za odmiennym niż odwołujący, interpretowaniem zapisów Ogłoszenia, SIWZ, w zakresie braku zgody na łączenie funkcji członka Stałego Zespołu Inżyniera Kontraktu z dodatkowymi obowiązkami, przemawiają także inne okoliczności. I tak fakt pozostawania w dacie składania oferty na innym kontrakcie, którego czasokres pokrywa się z czasem niniejszego kontraktu nie oznacza możliwości skutecznego uwolnienia się od obowiązków poprzez rozwiązanie umowy nawet jednostronnie.

W związku z powyższym skuteczność zobowiązania się poszczególnych osób, jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, że będą współpracować z wykonawcą, jeżeli ten zostanie wybrany i zawrze umowę z zamawiającym, nie może niweczyć okoliczność, że np.: na dzień składania zobowiązania poszczególne osoby pozostają w dyspozycji na innym kontrakcie i czasookresy tego kontraktu z przedmiotowym zamówieniem mogą się częściowo pokrywać, a co zresztą nie zostało udowodnione przez odwołującego.

Uwzględniając powyższe rozważania Izba nie stwierdziła naruszenia zasad uczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty przez wykonawcę wybranego nawet w sytuacji gdyby zaproponowane osoby miałyby zawarte kontrakty na okres częściowo pokrywający się z potencjalnym okresem trwania realizacji przedmiotowego zamówienia (brak w SIWZ konkretnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia to jest dnia, miesiąca, roku).

Przy czym postępowanie dowodowe nie wykazało, że osoby wskazane przez odwołującego nie powinny być, według rozumienia postanowień SIWZ przez odwołującego, umieszczone w Wykazie osób. Przede wszystkim z powodu, że SIWZ nie określa daty poprzez wskazanie dnia, miesiąca roku w którym nastąpi rozpoczęcie realizacji zamówienia. Jak również z tego powodu, że dowody odnoszące się do tych dwóch osób nie wskazują na pokrywanie się czasokresów świadczenia usług. Po pierwsze w jednym w przypadku czas trwania aktualnie realizowanego kontraktu kończy się w dniu 31 maja 2013r. z uwzględnieniem 4 aneksów co do czasu trwania kontraktu, a data rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia nie jest znana. W drugim przypadku z oświadczenia zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) nie wynika do kiedy dana osoba będzie zaangażowana, a nie jest znana data rozpoczęcia przedmiotowego zamówienia.

Idąc dalej tokiem rozumowania odwołującego to każda osoba posiadająca kontrakt nie powinna stawać do dyspozycji innego wykonawcy, ponieważ powszechnie wiadomym jest, że kontrakty ulegają przedłużeniu. Natomiast z drugiej strony jak wskazują powyżej cytowane postanowienia SIWZ każdy członek Stałego Zespołu może być zwolniony z obowiązków w przypadku uznania przez zamawiającego jego „nieefektywności” czy innych negatywnych ocen pełnienia przez niego funkcji. Reasumując zdarzenia gospodarcze zarówno w skali makro jak i mikro wskazują na ich zmienność i konieczność elastycznego reagowania na zmieniające się otoczenie.

Nie bez znaczenia dla decyzji zamawiającego pozostaje również podaż na rynku osób spełniających warunki doświadczenia, gdzie tak odmienne stanowiska co do potencjału

zasobu osób z wymaganymi uprawnieniami budowlanymi reprezentują odwołujący i przystępujący.

Poza tym odwołujący na rozprawie oświadcza „Odwołujący podkreśla, że funkcjonuje na polskim rynku od 20 lat, natomiast na rynku kolejnictwa od 8 lat. Zatrudnia na stałe ok. 70 osób jako personel z uprawnieniami do robót w kolejnictwie. Bierze udział w naradach inżynierów, składa 200 ofert rocznie. Reasumując zna rynek dokładnie (str. 7 protokołu).” Z powyższego wynika, że sam odwołujący także wskazuje w ofertach wielokrotnie te same osoby, skoro składa rocznie 200 ofert, a chociażby w przedmiotowym postępowaniu w skład Stałego Zespołu Inżyniera wchodzi 11 osób.

Reasumując powyższe żaden z zarzutów odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) oraz § 1 ust.1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący:

.....

.....

