

Sygn. akt: KIO 827/11
KIO 857/11

WYROK
z dnia 5 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o. w Lublinie, ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hurtkol sp. z o.o. w Lublinie, ul. Grenadierów 13, 20-331 Lublin,**
- B. w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03 - 338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie ul. Plac Matejki 12, 31-157 Kraków**

przy udziale

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03 - 338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 827/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE, Wielka**

Brytania w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 827/11 i KIO 857/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 827/11 i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o. w Lublinie, ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hurtkol sp. z o.o. w Lublinie, ul. Grenadierów 13, 20-331 Lublin oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 857/11,**
- 3. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 827/11 obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie ul. Plac Matejki 12, 31-157 Kraków i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o. w Lublinie, ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hurtkol sp. z o.o. w Lublinie, ul. Grenadierów 13, 20-331 Lublin tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie ul. Plac Matejki 12, 31-157 Kraków na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o. w Lublinie, ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., ul. M. Rataja 15 b, 20-270 Lublin oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hurtkol sp. z o.o. w Lublinie, ul. Grenadierów 13, 20-331 Lublin kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,**
- 4. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 857/11 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakłady**

Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03 - 338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec** tytułem wpisów od odwołań,
- 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03 - 338 Warszawa oraz DB International GmbH Bornitzstr 73-75, 10365 Berlin, Republika Federalna Niemiec** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie ul. Plac Matejki 12, 31-157 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 827/11

KIO 857/11

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 października 2010 r. w Dz. Urz.UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

odwołanie sygn. KIO 827/11

20 kwietnia 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. i Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hurtkol sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. ust. 4 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany, tj. dokonania merytorycznej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego po złożeniu dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz realizacji wyroku KIO w sprawie KIO 471/11 w części dotyczącej obowiązku zbadania i oceny oferty Odwołującego po uzupełnieniu dokumentów, a w konsekwencji nieprawidłowe wykluczenie Odwołującego i odrzucenia jego oferty i wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott Macdonald Limited Mott Macdonald Mouse, zwanych dalej także „konsorcjum Mott Macdonald”, która nie była ofertą najkorzystniejszą cenowo spośród ofert prawidłowo złożonych.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego odmowy dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego, jego wykluczenia, odrzucenia jego oferty oraz wyboru innej oferty, nakazanie Zamawiającemu dokonania merytorycznej oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem treści dokumentów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego i dokonania wyboru oferty przy zastosowaniu przyjętego kryterium, tj. najniższej ceny spośród ofert nie podlegających odrzuceniu oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zarzut braku spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia był przedmiotem odwołania w sprawie o sygn. KIO 471/11, gdzie w wyroku Izba wskazała na konieczność wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów, co Odwołujący uczynił. Zamawiający po uzyskaniu żądanych dokumentów doszedł jednak do przekonania, że uwzględnienie ich treści stanowiłoby o zmianie oferty i prowadzeniu niedozwolonych negocjacji, zatem uchylił się od dokonania oceny treści złożonych dokumentów oraz zaniechał badania, czy Odwołujący potwierdził w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał więc wprawdzie formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, jednak z pominięciem procedury ich badania, czym w sposób rażący naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykaz personelu i doświadczenia, których oceny Zamawiający odmówił z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią oferty, lecz są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co wynika wprost z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odmowa uwzględnienia treści uzupełnionych dokumentów była więc niezgodna z ustawą. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jednoznacznie akceptowany jest pogląd o dopuszczalności uzupełnienia na wezwanie zamawiającego w celu wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia czy potencjału nowym, nie zaprezentowanym wcześniej w wykazach załączonych do oferty, zrealizowanym zadaniem czy nową osobą posiadającą odpowiednie kwalifikacje, a wyjście przez wykonawcę poza zakres wezwania nie stanowi naruszenia przepisów, skoro osiągnięty jest cel wezwania, tj. potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stąd to właśnie na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego wezwania wykonawcy w taki sposób, ażeby umożliwić mu uzupełnienie dokumentów, których dotyczy wezwanie. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał wezwania w sposób mało zdecydowany, formułując je jako wezwanie do „uzupełnienia brakujących dokumentów zgodnie z sentencją wyroku KIO w sprawie nr 471/11”, zatem pogląd Zamawiającego, jakoby uzupełnienie dokumentów dotyczyć mogło wyłącznie tych elementów oferty, które Zamawiający zakwestionował lub by uzupełnienie nie mogło dotyczyć tych elementów, których nie kwestionowano, jest błędny. Wykonawca ma prawo wykazać i udokumentować fakt dysponowania oraz kwalifikacje więcej niż jednej osoby proponowanej na dane stanowisko oraz posiadanie więcej niż jednego doświadczenia, dzięki któremu spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się też z poglądem, że zobowiązanie spółki SGS Czech Republic s.r.o. do udostępnienia zasobów Odwołującemu ma charakter warunkowy, nie wynika z niego bowiem, że zobowiązanie to zawiera jakiś warunek, w tym warunek wprowadzenia do oferty zmiany Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Odwołujący nie prowadził też z Zamawiającym żadnych negocjacji, oprócz wykazu uzupełnianych dokumentów nie składał w ich przedmiocie żadnych wyjaśnień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowości wezwania do uzupełnienia jako spóźnionego oraz oddalenie w zakresie, w jakim nie podlega ono odrzuceniu oraz przyznanie Zamawiającemu kosztów.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego stwierdzając, że zarzut zaniechania merytorycznej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego oraz zaniechania realizacji wyroku Izby jest zarzutem chybionym, bowiem wykluczenie to było właśnie skutkiem dokonania oceny dokumentów, a Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym doświadczeniem. Zamawiający i Odwołujący mieli świadomość treści przedmiotowego wyroku i zakresu koniecznych w ocenie Izby uzupełnień, po stwierdzeniu przez Izbę niemożliwości udostępnienia Odwołującemu przez Centralne Biuro Projektowo Badawcze Budownictwa Kolejowego „Kolprojekt” sp. z o.o. doświadczenia w zakresie koniecznym dla wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Zatem jedynie w tym zakresie możliwe było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie miał wobec tego podstawy do modyfikowania treści dokumentów wchodzących w skład złożonej w postępowaniu oferty w zakresie wykazu osób, pozostaje bowiem związany treścią złożonej oferty, której nie może dowolnie modyfikować. Wszelkie zmiany w tym zakresie, jako stanowiące wyjątek od reguły wyrażonej w art. 85 i 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymagają szczególnego upoważnienia wynikającego z przepisów ustawy, jak możliwość poprawienia wadliwych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3, czy poprawienia omyłek w treści oferty. W obu tych przypadkach zmiana oferty wymaga jednakże inicjatywy zamawiającego, który w granicach zakreślonych ustawą sam ocenia zasadność i konieczność modyfikacji. W niniejszej sprawie zakres żądanych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzupełnień wskazany został poprzez przywołanie wyroku Izby, które miało konkretny i zrozumiały dla Odwołującego charakter, a Odwołujący uzupełniając dokumenty wyszedł poza te wskazania, modyfikując treść dokumentów wchodzących w skład oferty, a co za tym idzie, także samą ofertę.

Zamawiający poddał przedstawione dokumenty analizie merytorycznej, co wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej, lecz ocena ta nie wypadła korzystnie dla

Odwołującego, który przedstawił szereg dokumentów, których celu przedłożenia i znaczenia nie wyjaśnił. Zamawiający ustalił jednakże, że Odwołujący w miejsce doświadczenia spółki Kolprojekt przedstawił możliwość dysponowania doświadczeniem udzielonym przez firmę SGS Polska sp. z o.o., jej zobowiązanie wbrew przepisom ustawy ma charakter warunkowy, uzależniony od uzyskania zamówienia przez Odwołującego oraz od wskazania przez SGS Polska Sp. z o.o. osoby na stanowisko kierownika przeglądu dokumentacji. Prowadzi to do zmiany zakresu zobowiązań przyjętych w ofercie i nie daje dostatecznej gwarancji, że doświadczenie zostanie rzeczywiście udzielone. Zamawiający oceniając uzupełniony wykaz osób, którymi będzie dysponował Odwołujący i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, stwierdził, iż dodana została pozycja wskazująca kolejną osobę na stanowisko kierownika przeglądu dokumentacji bez jednoczesnego usunięcia wcześniej wskazanej na to stanowisko osoby. Zamawiający uznał, że Odwołujący przedstawia alternatywne w stosunku do wcześniejszego rozwiązanie kwestii udzielenia doświadczenia i składu osobowego, który będzie wykonywał zamówienie. W powiązaniu z faktem, iż do uzupełnionych dokumentów dołączone zostało postanowienie o umorzeniu postępowania w sprawie ogłoszenia upadłości, które mogłoby świadczyć o odzyskaniu przez spółkę Kolprojekt zdolności do podzielenia się z Odwołującym posiadanym doświadczeniem, Zamawiającemu trudno było jednoznacznie zinterpretować stanowisko Odwołującego w przedmiocie kierunku, w którym zamierzał on uzupełnić złożone dokumenty. Dopuszczenie przez Odwołującego możliwości dokonania przez Zamawiającego wyboru spośród złożonych dokumentów jednoznacznie świadczy o negocjacyjnym, a więc zakazanym przez ustawę, charakterze przedsięwziętych w ramach uzupełnienia dokumentów czynności.

Tym samym Zamawiający uznał, iż w wyniku oceny przedstawionych dokumentów nie może stwierdzić, że Odwołujący dysponować będzie wymaganym doświadczeniem, a wobec tego, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu i na tej podstawie zdecydował o jego wykluczeniu kierując się zasadą, że fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien być wykazany przez wykonawców w sposób nie budzący wątpliwości, na podstawie przedłożonych dokumentów. Zamawiający nie ma kompetencji do stosowania jakichkolwiek domniemań czy wnioskowań ponad ich treść, a w przypadku przedstawienia dokumentów wykluczających się czy alternatywnych nie może także dokonywać wyboru tych, które uznaje za bardziej wiarygodne, czy spełniające jego oczekiwania. gdyż świadczyłoby to o prowadzeniu zakazanych negocjacji.

W sprawie tej przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. i DB International GmbH oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mott Macdonald Polska Sp. z o.o. oraz Mott Macdonald Limited, popierając decyzję Zamawiającego.

odwołanie sygn. KIO 857/11

22 kwietnia 2011 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. i DB International GmbH negując dokonane przez Zamawiającego badanie i ocenę ofert w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott Macdonald Polska Sp. z o.o. oraz Mott Macdonald Limited, co ich zdaniem narusza:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że konsorcjum Mott Macdonald potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz zaniechanie wykluczenia tego konsorcjum z postępowania,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia konsorcjum Mott Macdonald z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenia oferty konsorcjum Mott Macdonald,
4. art. 26 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania konsorcjum Mott Macdonald do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
5. naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, wykluczenia z postępowania konsorcjum Mott Macdonald i odrzucenia jego oferty oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania powyższego zamówienia, w tym w zakresie osoby na stanowisko inżyniera zaopatrzenia i jakości materiałów z minimalnym doświadczeniem 24 miesięcy na stanowisku związanym z zaopatrzeniem materiałowym na robotach budowlanych, powiązany ze sprawdzaniem atestów, certyfikatów oraz świadectw autentyczności. Konsorcjum Mott Macdonald przedstawiło na to stanowisko pana Antoniego Ch wskazując doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru w okresie 06.2008 – 01.2010 dla projektu Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PT/015-04,015-06,015-10LOTA,015-10 LOTB,015-12,015-13. Odwołujący, na podstawie wiedzy uzyskanej w trakcie realizacji innego zamówienia, stwierdził ich nieprawdziwość, która winna skutkować wykluczeniem wykonawcy. Niezgodność ta wynika z faktu, iż wskazane doświadczenie na stanowisku Inżyniera Rezydenta nie jest tożsame w zakresie obowiązków ze stanowiskiem związanym z zaopatrzeniem materiałowym na robotach

budowlanych, powiązanych ze sprawdzaniem atestów, certyfikatów oraz świadectw autentyczności. Również wskazane dla pana Ch doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji Dyrektora Biura Organizacji Zakupów/Biura Logistyki w latach 11.2001-03.2007, w ramach projektu Zarządzanie biurem, w tym organizacja, koordynacja i nadzór nad jakością, terminowością w zakresie gospodarki materiałowej i magazynowej powierzonej przez zarząd spółki i pełnienia funkcji Naczelnika Terenowego Oddziału Realizacji Inwestycji w Wydziale Inwestycji pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu w ramach projektów PL9502 Modernizacja kolejowego przejścia granicznego Rzepin/Kunowice – Frankfurt nad Odrą, PL 9505 Modernizacja pięciu stacji kolejowych linii kolejowej E 20 na odcinku Kunowice - Warszawa, Modernizacja linii kolejowej E 20 na odcinku Warszawa (Barłogi) – Kunowice wymogu zamawiającego nie spełniają.

Złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania powinno stanowić zatem podstawę do wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający zaniechał.

Zamawiający żądał też dysponowania dwiema osobami na stanowisko specjalisty ds. obmiarowo – rozliczeniowych z minimalnym doświadczeniem 3 lat pracy na stanowisku związanym z przeprowadzeniem obmiarów robót oraz ich rozliczaniem, w tym co najmniej 12 miesięcy przy projektach zrealizowanych zgodnie z warunkami FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

Konsorcjum Mott Macdonald przedstawiło na to stanowisko pana Henryka T wskazując doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru w okresie 10.2005-12.2009 dla projektu Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PT/015, jako jedyne dotyczące wymogu zgodności z warunkami FIDIC. Również w tym przypadku Odwołujący, na podstawie wiedzy uzyskanej w trakcie realizacji innego zamówienia, powziął wątpliwości co do prawdziwości powyższych danych, bowiem w świetle posiadanej przez niego wiedzy na tym kontrakcie pan T wykonując funkcję inspektora nadzoru nie dokonywał rozliczeń nadzorowanych robót. Konsorcjum przedstawiając to doświadczenie nie potwierdziło również spełniania tego warunku, co powinno skutkować również wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zawarł również wymóg odnośnie osoby na stanowisko specjalisty odpowiedzialnego za przygotowanie raportów okresowych z minimalnym doświadczeniem 12 miesięcy pracy na stanowisku związanym z przygotowaniem raportów z realizacji robót zgodnie z wymaganiami dotyczącymi funduszy unijnych. Konsorcjum Mott Macdonald przedstawiło na to stanowisko pana Konrada G wskazując doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji eksperta ds. przygotowania raportów okresowych – członek personelu kluczowego w okresie 06.2004-04.2008 dla projektu Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PT/015-04. Odwołujący na podstawie wiedzy uzyskanej

w trakcie realizacji innego zamówienia powziął informacje wskazujące na nieprawdziwość powyższych danych, bowiem osoba ta nie dysponowała właściwym i niezbędnym zakresem umiejętności, aby móc wykonywać takie czynności, jakie były wymagane w zakresie doświadczenia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem konsorcjum Mott Macdonald wykazując dla pana Konrada G ww. doświadczenie złożyło nieprawdziwe informacje, dzięki którym potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, co niewątpliwie miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie, ewentualnie oddalenie oraz przyznanie kosztów postępowania stwierdzając, że odwołanie to jest spóźnione, gdyż zawiadomienie o pierwszym rozstrzygnięciu przetargu zostało przekazane wykonawcom 2 marca 2011 r., a wykonawcy od tej chwili mieli wgląd do oferty i mogli stwierdzić, że u wykonawcy tego wystąpiły wskazane w odwołaniu okoliczności. Stwierdził też, że odwołanie nie jest zasadne, ponieważ zawiera jedynie twierdzenia Odwołującego, które nie zostały w żaden sposób wykazane ani udowodnione, co uniemożliwia Zamawiającemu zajęcie merytorycznego stanowiska w tej sprawie.

Przystępujący – konsorcjum Mott Macdonald również nie zgodził się z zarzutami odwołania stwierdzając, że w okresie od 06.2008 r. do 01.2010 r. pan Antoni Ch pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” na umowach na roboty budowlano-montażowe o nr 015-04, 015-06, 015-10 Lot A, 015-10 Lot B, 015-12, 015-13 i do zakresu jego obowiązków jako przedstawiciela Inżyniera projektu należała m.in. pełna odpowiedzialność za zatwierdzanie wyrobów i materiałów zgłoszonych do zastosowania na robotach w zakresie zgodności ze specyfikacją wymaganą przez Zamawiającego. W ramach czynności zatwierdzających dotyczących zaopatrzenia materiałowego sprawdzał on m. in. kopie certyfikatów, świadectw zgodności, rysunki, dane techniczne, atesty kontroli technicznej, odbiory komisaryczne, a wykonawca robót mógł zabudować materiały i wyroby dopuszczone ostatecznie przez Inżyniera Rezydenta. Bezspornym jest zatem, że Inżynier Rezydent zatwierdzający karty wyrobu – materiałów obowiązujące w ramach ww. umów na roboty budowlane, posiada wiedzę i doświadczenie związane z obrotem materiałami i wyrobami stosowanymi w branży kolejowej.

Natomiast w okresie od 11.2001 r. do 03.2007 r. pełnił on funkcję Dyrektora Biura Organizacji Zakupów / Biura Logistyki i do jego obowiązków należało m. in. zabezpieczenie materiałów i kontrola ich jakości dla potrzeb robót budowlanych (bieżącego utrzymania i remontów realizowanych systemem gospodarczym przez PKP PLK SA) w tym: kontrola atestów, certyfikatów, świadectw dopuszczenia do stosowania, deklaracje zgodności, świadectwa autentyczności, udział w komisjach odbiorów materiałów i urządzeń. Był odpowiedzialny za organizację i nadzór nad jakością gospodarki

materiałowej i magazynowej całej Spółki PKP PLK SA., zatem posiada wiedzę i doświadczenie związane z obrotem materiałami i wyrobami stosowanymi w branży kolejowej.

Z kolei od 07.1998 r. do 10.2001 r. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na stanowisku Naczelnika Terenowego Działu Realizacji Inwestycji w Wydziale Inwestycji PKP na umowach na roboty budowlano-montażowe w ramach projektów PHARE PL 9502 oraz PL 9505 realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, do obowiązków Inżyniera Kontraktu należało m.in. kontrolowanie i zatwierdzanie materiałów zgłoszonych do zastosowania na robotach w zakresie zgodności ze specyfikacją wymaganą przez zamawiającego. Zatem pan Ch posiada ponad 10-letnie doświadczenie na stanowisku związanym z zaopatrzeniem materiałowym na robotach budowlanych.

Odwołujący nie sformułował zarzutu wobec pana Henryka T i nie wskazał, która z informacji przedstawionych w ofercie Przystępującego jest niezgodna ze stanem rzeczywistym, nie przedstawił ani nie powołał żadnego dowodu, z którego ewentualnie powyższa niezgodność mogłaby wynikać, trudno bowiem za taki dowód uznać „wiedzę Odwołującego” lub „powzięcie informacji przez Odwołującego w toku innego zamówienia” bez precyzyjnego wskazania okoliczności, na których Odwołujący opiera swoje stanowisko. Pan T posiada 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z przeprowadzaniem obmiarów robót oraz ich rozliczaniem, w tym co najmniej 12 miesięcy przy projektach zrealizowanych zgodnie z FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi, a w okresie 10.2005 r. – 12.2009 r. pełnił funkcję inspektora nadzoru na projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” na umowach na roboty budowlano-montażowe o nr 015-02, 015-02A, 015-03, 015-07, 015-08 Lot B, 015-13 realizowanych zgodnie z FIDIC. Zgodnie z art. 25 Prawa budowlanego do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy m. in. potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz kontrolowanie rozliczeń budowy. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz systemem zarządzania jakością obowiązującą dla ww. projektu, inspektor nadzoru jako osoba pełniąca samodzielną funkcję techniczną w budownictwie potwierdzał ilość wykonanych robót w protokołach odbioru robót ulegających zakryciu i zanikających, księżce obmiarów oraz ilość i wartość wykonanych robót w protokołach odbioru robót i przejściowych świadectwach płatności. Inspektor nadzoru był osobą formalnie umocowaną do dokonywania potwierdzeń ilości i wartości robót w ww. dokumentach, które stanowiły podstawę wystawiania faktur przez wykonawców robót budowlanych, był zobowiązany także do rozliczania wartości środków trwałych powstałych w związku z realizacją robót budowlanych (inwestycji).

Odwołujący nie sformułował zarzutu również wobec osoby Konrada G i nie wskazał, która z informacji przedstawionych w ofercie Przystępującego jest niezgodna ze stanem rzeczywistym, nie przedstawił ani nie powołał żadnego dowodu z którego ewentualnie powyższa niezgodność mogłaby, w ocenie Odwołującego, wynikać. Pan G posiada doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z przygotowywaniem raportów z realizacji robót zgodnie z wymaganiami dotyczącymi

funduszy unijnych przez okres minimum 12 miesięcy. Zamawiający nie ocenia, czy w roku 2003 dysponował on właściwym i niezbędnym zakresem umiejętności, aby móc wykonywać takie czynności, jakie były wymagane. W okresie 06.2004 r. – 04.2008 r. pan G jako członek personelu kluczowego Inżyniera projektu pełnił funkcję eksperta odpowiedzialnego za przygotowanie raportów okresowych z realizacji robót na projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” dla wszystkich umów na roboty budowlane, wykonywał czynności związane z przygotowaniem oraz nadzorowaniem sporządzania sprawozdawczości wstępnej, miesięcznej i kwartalnej z realizacji projektu, w tym postępu robót, fakturowania, promocji projektu, wskaźników realizacji projektu, źródeł finansowania, przygotował wszystkie wzory raportów oraz ustalił metodologię wykonywania sprawozdawczości na ww. projekcie. Ze względu na charakter ww. projektu inwestycyjnego tj. nadzór nad realizacją 14 umów na roboty w 122 lokalizacjach przez zespoły 5 Inżynierów Rezydentów oraz terminowość raportowania, system przygotowania raportów okresowych był skoordynowany przez zespół Inżyniera projektu w skład, którego wchodził ekspert ds. przygotowania raportów okresowych.

Wszystkie wskazane osoby posiadają zatem wymagane doświadczenie.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy oraz przedłożonych podczas rozprawy dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. akt KIO 827/11 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 857/11 podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie stanowiska Izby zostało przedstawione podczas posiedzenia.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do postępowania odwoławczego o sygn. akt 827/11 Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

Jako przyczynę faktyczną wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał, że uzupełnione dokumenty mają charakter warunkowy uzależniający udostępnienie wiedzy i doświadczenia SGS Czech Republic s.r.o. od wprowadzenia do oferty zmiany Kierownika Przeglądu Dokumentacji na pana Ireneusza Zyśko, a także świadczą o próbie zmiany treści oferty.

Z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w ramach uzupełnienia wynika, że SGS Czech Republic s.r.o. reprezentowane przez SGS Polska Sp. z o.o. zobowiązuje się

oddać do dyspozycji Odwołującego wiedzę i doświadczenie oraz wziąć udział w wykonaniu odpowiedniej części zamówienia oraz udostępnić do wykonania zamówienia osobę pana Ireneusza Zyśko do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji dla przetargu nr 1 i 2 oraz personel zmienny w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie nadzoru nad pracami geotechnicznymi. Rzeczywiście, zgodnie z § 3 ust. 1 „Umowy zlecenia usługi” jedną z form uczestnictwa w realizacji zadania miało być udostępnienie osoby na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji dla dwóch kontraktów na roboty budowane z projektowaniem, ale ani z postanowień tej umowy, ani z treści „Zobowiązania do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych” nie wynika, że powierzenie panu Zyśko właśnie tej funkcji jest warunkiem koniecznym dla udostępnienia wiedzy i doświadczenia i udziału w realizacji zamówienia, tym bardziej SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Polska Sp. z o.o. nie żądały wprowadzenia do oferty zmiany Kierownika Przeglądu Dokumentacji.

O warunkowości nie świadczy również stwierdzenie, że współpraca zostanie podjęta w razie uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia, gdyż jest to okoliczność oczywista, *condicio sine qua non*, gdyż w innym wypadku Odwołujący w ogóle tego zadania nie będzie wykonywał, zatem oczywiste jest, iż w przypadku nieuzyskania zamówienia zobowiązanie podmiotów do współpracy wygasa.

W odniesieniu zaś do poglądu Zamawiającego, że zmiana osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji, jest próbą zmiany oferty, nawet przyjmując, że w niniejszym postępowaniu, ze względu na powiązanie przez Zamawiającego osób wskazanych dla potwierdzenia warunku z wykonaniem umowy, osoby te stanowią treść i istotną część oferty, to złamanie zawartego w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania zmiany jej treści należy odczytywać jako skutkujące bezskutecznością dokonanych zmian i ustaleń negocjacji i jej funkcjonowanie w pierwotnej formie, a nie samą w sobie przesłankę do odrzucenia oferty, a tym bardziej wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Poza tym, skoro Zamawiający nie wiedział, w jakim celu zostały złożone poszczególne dokumenty, to powinien był skorzystać w możliwości wyjaśnienia ich treści, o czym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis dotyczy również dokumentów uzupełnionych. Takie działanie wynika z konieczności rzetelnego przeprowadzenia postępowania, co potwierdza także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, np. w orzeczeniach z 10 lutego 1982 r. sygn. 76/81 (European Court reports 1982, str. 00417), z 22 czerwca 1989 r. sygn. 103/88 Fratelli Constanzo (European Court reports 1989, str. 01839), 18 czerwca 1991 r. sygn. C-295/89 (European Court reports 1991, str. I-02967), 16 października 1997 r. sygn. C-304/96 (European Court reports 1997, str. I-05685), 3 marca 2005 r. sygn. C-21/03, C-34/03 (European Court reports 2005, str. I-

01559), 27 listopada 2001 r. sygn. C-285/99 i C-286/99, z 15 maja 2008 r. sygn. C-147/06 i C-148/06, z 21 maja 2008 r. sygn. T-495/04, które co prawda nie odnoszą się wprost do sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu, ale Trybunał wyraźnie zauważył, że zasadniczą sprawą jest, aby każdy z oferentów miał możliwość przedstawienia uzasadnienia poszczególnych elementów oferty w kwestiach, które wzbudziły podejrzenie instytucji zamawiającej, co stanowi podstawowy wymóg mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

W odniesieniu do pozostałych podniesionych podczas rozprawy argumentów Izba, jakkolwiek zbadała je pod kątem dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdziła, że nie może rozszerzyć zakresu rozpatrzenia sprawy poza zakres odwołania, zgodnie z art. 191 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponieważ odwołanie sygn. akt 827/11 dotyczy okoliczności mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

W odniesieniu do postępowania odwoławczego o sygn. akt 857/11 Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego – konsorcjum Mott Macdonald, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie opisanego przez konsorcjum Mott Macdonald doświadczenia osób proponowanych na wskazane stanowiska.

Podczas rozprawy Odwołujący w zasadzie stwierdził jedynie dodatkowo, że jego zarzuty opierają się na tym, że wskazane przez wykonawcę osoby powinny mieć doświadczenie wyłącznie na stanowiskach analogicznych do opisanych przez Zamawiającego, a jako że na wskazanych kontraktach dla PKP takie stanowiska istniały, inne osoby nie wykonywały czynności w tym zakresie. Ani Zamawiający, ani konsorcjum Mott Macdonald nie kwestionowały okoliczności istnienia tych stanowisk, jednak twierdziły, że wymagane doświadczenie, ze względu na użycie określenia „związany z”, mogło być uzyskane również na innych stanowiskach, w ramach których takie czynności byłyby wykonywane.

Zgodnie z punktem 8.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) Inżynier Zaopatrzenia i Jakości Materiałów musiał posiadać doświadczenie na stanowisku związanym z zaopatrzeniem materiałowym na robotach budowlanych, powiązany ze sprawdzeniem atestów, certyfikatów oraz świadectw autentyczności, przez okres minimum 24 miesięcy,
- 2) Specjalista odpowiedzialny za przygotowanie raportów okresowych musiał posiadać doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z przygotowaniem raportów z realizacji

robót zgodnie z wymaganiami dotyczącymi funduszy unijnych przez okres minimum 12 miesięcy,

3) Specjalista ds. Obmiarowo – Rozliczeniowych musiał posiadać 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z przeprowadzaniem obmiarów robót oraz ich rozliczaniem, w tym co najmniej 12 miesięcy przy projektach realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

Powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdzają poprawność stanowiska Zamawiającego i Przystępującego – konsorcjum Mott Macdonald, gdyż Zamawiający dość luźno powiązał wskazany zakres czynności z konkretnym stanowiskiem i chociaż być może, ale niekoniecznie, osoby zajmujące wcześniej konkretnie stanowiska jak wskazane przez Zamawiającego: Inżyniera Zaopatrzenia i Jakości Materiałów, Specjalisty odpowiedzialnego za przygotowanie raportów okresowych, czy Specjalisty ds. Obmiarowo – Rozliczeniowych, mają „lepsze” doświadczenie w tym zakresie, to każde stanowisko, w zakres zadań którego wchodziły czynności opisane przez Zamawiającego, należy uznać za spełniające postawiony warunek.

Z charakteru funkcji inspektora nadzoru, Inżyniera Rezydenta, Inżyniera Kontraktu, Dyrektora Biura Organizacji Zakupów itd. oraz podanego przez Przystępującego, przytoczonego powyżej, opisu zadań wykonywanych przez osoby wskazane przez konsorcjum Mott Macdonald wynika, że mieszczą się one w opisanym przez Zamawiającego zakresie, a osoby te mogły wykonywać wymagane czynności, co starał się udowodnić Przystępujący przedstawiając szereg dokumentów te okoliczności uprawniających. Natomiast ze swojej strony Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów tym okolicznościom przeczących, a trzeba w tym miejscu przyznać rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że to do Odwołującego należało dowiedzenie swoich twierdzeń, zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 6 kodeksu cywilnego i art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: