

Sygn. akt: KIO 9/13

WYROK
z dnia 18 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **3 stycznia 2013 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Branickiego 15, 02-972 Warszawa (pełnomocnik), [2] DRAGADOS S.A., [3] Vias y Construcciones S.A., [4] Electren S.A.,** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3,30-048 Kraków (pełnomocnik) [2] PRK w Krakowie S.A., [3] PNiUIK** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
- 3) unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert.

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

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Branickiego 15, 02-972 Warszawa (pełnomocnik), [2] DRAGADOS S.A., [3] Vias y Construcciones S.A., [4] Electren S.A.**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Branickiego 15, 02-972 Warszawa (pełnomocnik), [2] DRAGADOS S.A., [3] Vias y Construcciones S.A., [4] Electren S.A.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) 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:

.....

Sygn. akt: KIO 9/13

Uzasadnienie

Zamawiający **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **»Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki-Częstochowa«.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **07.07.2012 r.** pod nrem **2012/S 129-213875**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie „ustawą” bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **24.12.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **POL-AQUA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa (pełnomocnik)** i [2] **DRAGADOS S.A. z siedzibą w Hiszpanii** [3] **Vias y Construcciones S.A. z siedzibą w Hiszpanii** [4] **Electren S.A. z siedzibą w Hiszpanii**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **POL-AQUA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa (pełnomocnik)** i [2] **DRAGADOS S.A. z siedzibą w Hiszpanii** [3] **Vias y Construcciones S.A. z siedzibą w Hiszpanii** [4] **Electren S.A. z siedzibą w Hiszpanii**,, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, wnieśli **03.01.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

[1] wykluczenie odwołującego z postępowania i [2] uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w oparciu o przesłanki opisane w piśmie zamawiającego nr IRZRg-216-2/12-72/2012 z 21 grudnia 2012 r. *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej*, pomimo że [3] odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a [4] oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów ustalonych przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego zamawiający:

- 1) naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i bezzasadnie przyjął, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje (dotyczące doświadczenia osoby przedstawionej, jako kandydata na funkcję Kierownika Budowy) mające wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji bezpodstawnie wykluczył odwołującego oraz bezpodstawnie uznał złożoną przez odwołującego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy;
- 2) zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, tj. zamawiający bezzasadnie nie uwzględnił przedstawionych samodzielnie przez odwołującego w uzupełnieniu złożonej oferty dokumentów związanych z osobą pana Tomasza Siwca, jako kandydata na funkcję Kierownika Budowy, alternatywnie zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnionego wykazu doświadczenia kandydata na funkcję Kierownika Budowy, który to wykaz byłby wolny od wad;
- 3) uznał, że złożone przez odwołującego dokumenty nie wskazują na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, także w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia i nie wyjaśnił okoliczności potwierdzających, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie wprowadził zamawiającego w sposób zamierzony i celowy w błąd;
- 4) zaniechał zastosowania art. 7 ust. 1 ustawy, tj. prowadził postępowanie, w tym dokonał oceny oferty odwołującego, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez uniemożliwienie odwołującemu skorygowania wykazu doświadczenia kandydata na funkcję Kierownika Budowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
- 3) unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryterium wyboru określonym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

Odwołujący również wniósł o:

- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Argumentacja odwołującego

Zgodnie z punktem 8.3.2 lit. a Instrukcji dla wykonawców (TOM I SPECYFIKACJI) zamawiający w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał, aby Kierownik Budowy posiadał co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem infrastruktury kolejowej.

Na potwierdzenie warunków uczestnictwa w przetargu odwołujący wskazał, że realizując zamówienie będzie dysponować osobą pana K....., który będzie pełnił funkcję kierownika budowy i spełnia wymagania.

28.11.2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia pana K.....

W odpowiedzi odwołujący pismem z 04.12.2012 r., doręczonym do zamawiającego 05.12.2012 r., złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego, w których wskazał, że informacje dotyczące doświadczenia pana K..... odwołujący otrzymał od podmiotu PPWiUTH ELKOL sp z o.o. Na potwierdzenie tego odwołujący załączył życiorys pana Kopeć poświadczony przez uprawnionych przedstawicieli podmiotu PPWiUTH ELKOL sp z o.o. Jednocześnie, niezależnie od złożonych wyjaśnień, odwołujący wskazał na stanowisko Kierownika Budowy pana Tomasza Siwiec dołączając stosowne dokumenty, w tym poprawiony wykaz doświadczeń i uprawnienia pana Siwiec.

24.12.2012 r. drogą mailową oraz faksem odwołujący otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, z którego to wynikało, że zamawiający wykluczył odwołującego oraz odrzucił ofertę odwołującego. Jako podstawę wykluczenia zamawiający wskazał **art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy**, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wyniki prowadzonego postępowania.

Nie każda nieprawdziwa informacja prowadzi do wykluczenia wykonawcy, ale tylko taka, która miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – KIO 61/12.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może następować automatycznie, bez względu na przyczyny, z których powodu miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji.

██████████

W orzecznictwie uznaje się, że powołany przepis ma zastosowanie jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego (KIO 2252/11, KIO 2698/11 oraz wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 19 lipca 2012, IV Ca 683/12).

W każdym przypadku zarzucana nieprawdziwość informacji nie może budzić najmniejszych wątpliwości. Jej stwierdzenie nie może opierać się na poszlakach, ale tylko na pewnych dowodach. Ciężar dowodu ponosi w tym przypadku zamawiający.

Reguły stosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie zostały dochowane przez zamawiającego.

Zamawiający swoją decyzję o wykluczeniu odwołującego oparł jedynie na oświadczeniach jednego podmiotu prywatnego, tj. konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. Doprastav as, Eurovia Polska S.A. – PRDIM Kędzierzyn Koźle.

Powoływane w piśmie z 21.12.2012 r. informacje uzyskane z podmiotu GDDKiA opierały się także na oświadczeniu lidera ww. konsorcjum, tj. Polimex-Mostostal S.A. W świetle oświadczenia tego wykonawcy pan Kopeć (pierwotny kandydat zgłoszony przez odwołującego), nie był kierownikiem robót ani nie był zgłaszany przez zatwierdzonych podwykonawców jako kierownik robót. Takie oświadczenie nie stanowi jednak, że pan K..... nie był rzeczywiście kierownikiem robót związanych z budową, przebudową lub remontem infrastruktury kolejowej na zadaniu „Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”.

Zamówienie o nazwie »Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”« było udzielone na rzecz konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. Doprastav as, Eurovia Polska S.A. – PRDIM Kędzierzyn Koźle.

Konsorcjum nie realizowało tego zamówienia samodzielnie. Posługiwało się przy jego wykonywaniu licznymi podwykonawcami. Jednym z podwykonawców była firma PKP Energetyka S.A. Podwykonawca ten mocą umowy z 12.04.2010 r. podzlecił wykonywanie części powierzonych sobie prac podmiotowi PPWiUTH ELKOL sp z o.o.

Dowód: Kopia umowy z 12.04.2010 r.

Podwykonawca PPWiUTH ELKOL sp z o.o. nie został zgłoszony inwestorowi. Fakt ten nie ma jednakże wpływu na ważność umowy podwykonawczej z PPWiUTH ELKOL sp z o.o. Potwierdza to obowiązujące orzecznictwo.

W ramach powyższej umowy podwykonawczej z PKP Energetyka S.A. pan Kopeć sprawował funkcję kierownika robót torowych z ramienia podwykonawcy, tj. PPWiUTH ELKOL sp z o.o. dla

██████████

wykonawcy, tj. PKP Energetyka S.A. w okresie od 01.10.2010 r. do 31.03.2011 r. w zastępstwie pana A..... S....., który w tym okresie ze względu na ciężką sytuację rodzinną przebywał na urlopie. Pełnienie przez niego funkcji kierownika budowy zostało zgłoszone firmie PKP Energetyka S.A. i przez nią zaakceptowane.

Dowód – kopia pisma z dnia 20.09.2010 zawierająca odrębne oświadczenie złożone przez PKP Energetyka S.A. o akceptacji zmiany kierownika robót torowych opatrzone datą 21.09.2010.

W ramach swoich obowiązków pan K....., jako kierownik robót torowych koordynował roboty oraz pełnił nadzór nad następującymi pracami prowadzonymi na liniach kolejowych:

- nr 141 Gliwice-Mizerów,
- nr 137 Gliwice-Katowice,
- nr 147 Gliwice-Zabrze Biskupice,
- nr 200 Gliwice-Sośnica,
- nr 711 Gliwice-Sośnica Towarowa, obejmujące swoim zakresem:

przebudowę nawierzchni torowej,

przebudowę urządzeń teletechnicznych,

przebudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym,

budowę urządzeń srk i łączności na nowym przejeździe przez tory grupy VI od 601 do 612 w st. Gliwice (9 torów x 2 km),

opracowanie dokumentacji projektowej dla toru objazdowego (tory, srk, sieć trakcyjna),

przebudowa urządzeń srk własności KWK dla obiektu WK 462,

budowę toru dojazdowego dla obiektu WK 462.

Dowód – oświadczenie PPWiUTH ELKOL sp z o.o. z 02.01.2013 r.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że pan K..... pełnił funkcję kierownika robót torowych na kontrakcie o nazwie „Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”, tj. robót związanych z budową, przebudową lub remontem infrastruktury kolejowej. Ewentualny brak zgłoszenia tej okoliczności generalnemu wykonawcy i inwestorowi (GDDKiA) nie miał w tym przypadku żadnego znaczenia. W szczególności nie wpływał on na zakres obowiązków kierownika robót i nie zdejmował z niego odpowiedzialności za należyte wykonywanie prac i przestrzeganie prawa i zasad sztuki budowlanej. Co więcej, w świetle rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia, to na

inwestorze (tu: GDDKiA) ciąży obowiązek zamieszczania w dzienniku budowy danych osób sprawujących kierownictwo robót budowlanych oraz monitorowania zmian tych osób w trakcie realizacji inwestycji. Ewentualne zaniedbania w tym zakresie zarówno w działaniach inwestora, generalnego wykonawcy, jak i podwykonawcy (PKP Energetyka S.A.) nie mogą obciążać PPWiUTH ELKOL sp z o.o., a tym bardziej służyć jako podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Informacje, na których oparł się zamawiający stwierdzając podanie nieprawdy w oświadczeniach konsorcjum nie są zgodne z rzeczywistością. Jak wykazano powyżej, pan Kopeć pełnił funkcję kierownika robót torowych na kontrakcie o nazwie „Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów” za wiedzą i zgodą podwykonawcy, tj. PKP Energetyka S.A. odpowiedzialnego za wykonanie danych robót torowych w zakresie opisanym w pkt 10 powyżej. Podwykonawca odpowiedzialny był przed generalnym wykonawcą tj. konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. Doprastav as, Eurovia Polska S.A. – PRDIM Kędzierzyn Koźle. Informacje uzyskane przez zamawiającego nie są dowodami o rzeczywistym stanie faktycznym. Należy stwierdzić, że zamawiający nie wykazał, że pan K..... nie posiada wymaganego doświadczenia w kierowaniu robotami związanymi z infrastrukturą kolejową.

PPWiUTH ELKOL Sp. z o.o. omyłkowo podał w opisie doświadczenia zawodowego pana K..... przygotowywanym na potrzeby opracowania wykazu doświadczenia kandydata na funkcję kierownika budowy – pan Kopeć był kierownikiem robót budowlanych na kontrakcie o nazwie „Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów” w okresie 04.2010-12.2011 r. zamiast 01.10.2010-31.03.2011 r., gdyż z sposób niezamierzony odwołujący przepisał datę obowiązywania kontraktu z PKP Energetyka S.A. a nie datę rzeczywistego pełnienia obowiązków kierownika robót torowych przez pana Kopeć.

Mając za podstawę omyłkowe dane wskazane w informacji uzyskanej od PPWiUTH ELKOL sp z o.o., również odwołujący w wykazie dołączanym do swej oferty wskazał omyłkowo termin 04.2010-12.2011 r., jako termin wykonywania funkcji kierownika robót budowlanych na ww. kontrakcie zamiast prawidłowo terminu 01.10.2010-31.03.2011 r.

Omyłka ta nie miała charakteru celowego, zawinionego i zamierzonego, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Dowód – oświadczenie PPWiUTH ELKOL sp z o.o. z 02.01.2013 r.

[REDACTED]

Istotnym jest, że omyłka nie wpływa w żaden sposób na ocenę okresu doświadczenia pana K..... z punktu widzenia wymagań zamawiającego. Uwzględniając okres pełnienia funkcji kierownika robót torowych na kontrakcie o nazwie „Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”, tj. okres 6 miesięcy liczonych od 01.10.2010 r. do 31.03.2011 r. pan Kopeć posiada łącznie 62 miesiące (5 lat i dwa miesiące) wymaganego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Osoba ta spełnia tym samym wymagania dotyczące potencjału osobowego określone w warunkach udziału wykonawcy w postępowaniu. W konsekwencji omyłka ta nie ma i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, tj. kwalifikację odwołującego, jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Powyższe dowodzi także, że wskazana omyłka miała charakter niezamierzony i nieintencjonalny.

Skoro pan Kopeć w wystarczający sposób wykazywał spełnianie warunku posiadania 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem infrastruktury kolejowej z uwzględnieniem okresu 01.10.2010-31.03.2011 r., w którym pełnił funkcję kierownika robót torowych na kontrakcie o nazwie »Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”«, to fakt podania dłuższego terminu pełnienia tej funkcji na ww. kontrakcie nie przydawał doświadczeniu pana Kopeć żadnych dodatkowych walorów w świetle warunków ustalonych przez zamawiającego.

Wyliczenie okresu doświadczenia Romualda Kopeć, jako Kierownika Budowy/Kierownika Robót			
Nazwa i adres firmy	opis doświadczenia	okres trwania od data (m-c, rok) – do data	liczba miesięcy
ppwiirrh ELKOL sp. z o. o.	„Budowa odcinka Autostrady A-1 od węzła „Sośnica” do węzła” Maciejów (z węzłem) w ramach zadania. Budowa węzła „Sośnica” na skrzyżowaniu Autostrad A1 i A4 wraz z odcinkiem Autostrady A1 „Sośnica- Maciejów” (z węzłem) od km 510+530 do km 518+734,34”	10.2010-03.2011	6
PPWiUTH ELKOL sp. z o. o.	Budowę przejścia podziemnego drogi wojewódzkiej nr 933 z pod torami PKP w km 51 +570 w miejscowości Pszczyna	05.2009-06.2010	14
PPWiUTH ELKOL sp. z o. o.	Kompleksowa budowa układu torowego dla potrzeb bloku energetycznego o mocy 460 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Łagisza	07.2007-02.2009	20
PPWiUTH ELKOL sp. z o. o.	Przebudowa stacji Gierałtowiec	03.2004-12.2005	22
suma:	62 miesiące tj. 5 lat i 2 miesiące		

Zamawiający mógł i może nadal zweryfikować prawdziwość powyższych danych kierując swe zapytanie do spółki siostrzanej, tj. PKP Energetyka S.A.

Na doświadczenie pana K..... wskazane w wykazie dołączonym do oferty w przedmiotowym Postępowaniu konsorcjum złożone z firm: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., Dragados S.A., Vías y Construcciones S.A. i Electren S.A., powoływało się w dwóch innych postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonych przez zamawiającego: tj. (i) w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 Toruń Wschodni-Malbork na odcinku Toruń Wschodni-Grudziądz – etap I obejmujący odcinek Chełmża-Grudziądz” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007-2013 oraz (ii) w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu

„Polepszenie jakości usług przewozowych przez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 143 na odcinku Kalety-Kluczbork”. W obu postępowaniach zostały już wybrane najkorzystniejsze oferty i w obu tych postępowaniach Konsorcjum nie zostało wykluczone.

Oświadczenie pana K..... spełnia wymogi określone przez zamawiającego. W konsekwencji również odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy, doświadczenia i dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jak wykazano powyżej, odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia pana K....., mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Tym, samym brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Nawet gdyby uznać, że doświadczenie pana K..... nie jest wystarczające dla uznania, że spełnione są warunki wymagane przez zamawiającego dla kandydatów przedstawianych na funkcję Kierownika Budowy w postępowaniu – co jak wykazano w przedmiotowym stanie faktycznym nie miało miejsca, to i tak odwołujący w wystarczający sposób w toku postępowania wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez przedstawienie doświadczenia pana S....., do czego odwołujący był uprawniony w trybie i na zadach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący w zakresie osoby wymaganej na funkcję kierownika budowy polegał na zasobach podmiotu PPWiUTH ELKOL sp z o.o. Korzystanie z zasobów osobowych PPWiUTH ELKOL sp z o.o. zostało zapewnione na podstawie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z 10.08.2012 r., które zostało dołączone do oferty.

Dowód: kopia zobowiązania z dnia 10.08.2012 r.

Udostępnienie zasobów osobowych PPWiUTH ELKOL sp z o.o. odbywało się zatem w pełnej zgodności z wymaganiami art. 26 ust. 2b ustawy. Udostępniająca zasoby PPWiUTH ELKOL sp z o.o. jest podmiotem o uznanej reputacji na rynku. Jej „*wieloletnie doświadczenie oraz wysokie kwalifikacje kadry inżynierów, gwarantujące wysoką jakość zlecanych zadań*” potwierdziła również PKP Energetyka S.A. wystawiając 30.01.2012 r. list referencyjny.

Dowód: Kopia listu referencyjnego PKP Energetyka z dnia 30.01.2012 r.

Powołany list referencyjny potwierdza należyte wykonanie przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o. podzleconych przez PKP Energetyka S.A. zadań na kontrakcie o nazwie „Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”. List referencyjny został przekazany odwołującemu przed udostępnieniem zasobów przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o. List był jedną z podstaw podjęcia przez odwołującego decyzji o skorzystaniu z zasobów PWiUTH ELKOL Sp. z o.o., jako wiarygodnego partnera biznesowego.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, w szczególności fakt potwierdzenia przez PKP Energetyka S.A., a więc spółkę siostrzaną wobec zamawiającego, należąca do tej samej grupy kapitałowej, tj. Grupy PKP, odwołujący przyjął w dobrej wierze informacje przekazane mu przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o. i na tej podstawie przygotował swą ofertę, w szczególności sporządził dołączony do oferty wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca w wykonaniu zamówienia. Okoliczność sporządzania dokumentacji ofertowej na podstawie oświadczeń przekazywanych przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o. potwierdza także przekazany wraz z wyjaśnieniami odwołującego z 04.12.2012 r. wykaz doświadczenia pana K..... przygotowany przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o. i podpisany przez zastępcę prezesa spółki pana D. K..... Wykaz doświadczenia pana Kopeć dołączony do oferty odwołującego jest taki sam jak treść wykazu przekazanego odwołującemu przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o.

Dowód: wykaz doświadczenia pana K..... przygotowany przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o.

Informacje o działaniu w dobrej wierze w oparciu o informacje udostępnione przez PWiUTH ELKOL Sp. z o.o. odwołujący zawarł także w wyjaśnieniach z 04.12.2012 r.

Działanie w oparciu o informacje uzyskane od PWiUTH ELKOL Sp. z o.o., którego wiarygodność potwierdziła spółka siostrzana zamawiającego, wskazują na brak jakiegokolwiek intencjonalnego, zamierzonego posłużenia się przez odwołującego informacją mającą na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Jak słusznie wywiódł Sąd Okręgowy Warszawa-Praga z 12.07.2012 r. (IV Ca 683/12) wykluczenie przez zamawiającego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może następować automatycznie, bez względu na przyczyny. W ocenie ww. Sądu powołany przepis ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Jak słusznie stwierdził Sąd przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że działanie wykonawcy było skierowane na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki.

Wskazać należy, że powoływany wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 12.07.2012 r. wydany został na skutek skargi złożonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który prezentował w skardze stanowisko potwierdzone w cytowanym orzeczeniu Sądu.

Powyższe stanowisko ww. Sądu znajduje potwierdzenie także w przepisach prawa europejskiego, które winny być uwzględnione przy stosowaniu prawa krajowego. Art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi stanowi, że z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników.

Wprowadzenie w błąd musi mieć zawsze charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Powołany przepis Dyrektywy powinien stanowić wskazówkę interpretacyjną dla opisywanej podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy.

Skoro zatem odwołujący w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to przyjmując powyżej opisane stanowisko Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z wyroku z 12.07.2012 r. oraz wskazane przepisy prawa europejskiego, nie sposób uznać, że w postępowaniu doszło do celowego działania odwołującego, zamierzonego na wprowadzenie zamawiającego w błąd, które winno skutkować wykluczeniem odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający w postępowaniu nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego. Nie wykazał bowiem, że działanie odwołującego było celowe, zamierzone i podjęte z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Złożony przez odwołującego wykaz doświadczenia osoby wskazanej jako kandydata na funkcje kierownika budowy mógł być skorygowany lub uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż odwołującemu przy sporządzaniu wykazu można przypisać co najwyżej wadliwe sporządzenie wykazu wynikające z omyłki. W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do uwzględnienia skorygowanego wykazu dołączonego wraz z wyjaśnieniami odwołującego w 04.12.2012 r. bądź, gdy nie zgadzał się z samodzielnym złożeniem skorygowanego wykazu doświadczenia przez odwołującego, do wezwania odwołującego do ponownego złożenia wykazu.

Art. 26 ust. 3 ustawy nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń dokumentów, które nie zostały złożone jak również oświadczeń, które zawierają błędy tak, że spełnienie warunków udziału dowodzone na podstawie takiego dokumentu nie jest potwierdzone. W oficjalnej opinii Urzędu Zamówień Publicznych zostało jednoznacznie stwierdzone, że dopuszczalne jest złożenie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy skorygowanego dokumentu w związku z uprzednim złożeniem dokumentu wadliwego, niewskazującego na spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Słuszność powyższego stanowiska potwierdza także orzecznictwo sądów powszechnych. W szczególności w powoływanym już wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 12.07.2012 r. Sąd jednoznacznie wywiódł, że ze względu na obowiązek dochowania zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający jest zobowiązany do żądania uzupełnienia wykazu w sytuacji, gdy wykaz zawiera informację nieprawdziwą, jeśli nieprawdziwość jest w szczególności skutkiem popełnionej przez wykonawcę omyłki.

Przepisy prawa nie przewidują także zakazu złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uprawnień i doświadczeń innej niż pierwotnie wskazana osoba, jeśli doświadczenie wcześniej załączone nie spełnia wymogów przewidzianych przez zamawiającego. Istotnym jest bowiem spełnienie warunku udziału przez podmiot ubiegający się o udzielenie danego zamówienia. Potwierdza to orzecznictwo KIO (KIO/UZP 622/08, KIO/UZP 723/08). Przepisy prawa nie zawierają także zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentów –+lub oświadczeń wadliwych, które przyczynia się do usprawnienia i przyspieszenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Teza ta znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie KIO (KIO 1169/11). Nie było zatem żadnych formalnych przeszkód dla akceptacji przez zamawiającego złożonego samodzielnie, bez wezwania, wykazu doświadczenia i uprawnień budowlanych pana S.....

Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że w celu wyeliminowania wątpliwości zgłaszanych wobec doświadczenia pana K....., Konsorcjum było uprawnione do złożenia wykazu z doświadczeniem pana S..... Dokumenty złożone w dniu 04.12.2012 potwierdzały jednoznacznie wymagane od kandydata na kierownika budowy doświadczenie i uprawnienia aktualne na dzień składania ofert (obrazuje to m.in. wykaz zamieszczony doświadczenia pana S..... w poniższej tabelce). Tym samym potwierdzały fakt spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w Postępowaniu na dzień składania ofert. Informacje zawarte w pierwotnym wykazie doświadczenia pana K..... nie miały zatem i nie mogły mieć decydującego wpływu na ocenę udziału Konsorcjum w Postępowaniu.

Wyliczenie okresu doświadczenia Tomasza Siwiec, jako Kierownika Budowy/Kierownika Robót			
Nazwa i adres firmy	opis doświadczenia	okres trwania od data (m-c, rok) – do data (m-c)	liczba miesięcy
TSS GRADE POLSKA sp. z o. o.	Remont infrastruktury linii kolejowej nr 353 Poznań Wschód-Skandawa na terenie IŻ Poznań	07.201 1-08.2012	14
TSS GRADE POLSKA sp. z o. o.	Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Przebudowa linii kolejowej nr 274 Wrocław-Zgorzelec na odcinku Wrocław-Jelenia Góra – modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor nr 1 Szlak Żarów-Jaworzyna Śląska”	07.201 1- 08.2012	
Volker Rail Polska Sp. z o.o./TSS GRADE	Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania: „Przebudowa linii nr 274 Wrocław-Zgorzelec na odcinku Wrocław-Jelenia Góra”, szlak Imbramowice-Żarów	06.2010-12.2011	12
OHL ZS. a.s.	Rekonstrukcja węzła kolejowego Breclaw, I. budowa	01.2010-06.2010	6
VolkerRail Polska sp. z o. o.	Zaprojektowanie i realizacja zadania „Linia nr 274 Wrocław Świebodzki-Zgorzelec	10.2009-12.2009	3
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Remont infrastruktury linii kolejowej 326 Wrocław Psie Pole-Trzebnica na odcinku Wrocław Psie Pole-Wrocław Zakrzów km 0,139*1,260	07.2009-11.2009	3
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji nawierzchni kolejowej na linii 274 Wrocław Świebodzki-Zgorzelec	09.2008- 08.2009	12
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji nawierzchni kolejowej na linii nr 274 Wrocław Świebodzki-Zgorzelec	09.2008- 08.2009	
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Przebudowa linii kolejowej nr 71 Rzeszów-Warszawa przez Kolbuszową	05.2008-12.2008	4
VolkerRail Polska sp. zo. o.	Zaprojektowanie i wykonanie wymiany nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej Nr 61, Kielce-Fosowskie, odc. Jawornica-Lubliniec, tor nr 2. km 147,700-152,587	10.2007- 04.2008	6
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Budowa drogi kolejowej Rzeszów-Warszawa przez Kolbuszową – etap II – przebudowa nawierzchni kolejowej – Faza III.	11.2007- 12.2007	
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Budowa drogi kolejowej Rzeszów-Warszawa przez Kolbuszową – etap II – przebudowa nawierzchni kolejowej – Faza II	11.2007- 12.2007	
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Budowa drogi kolejowej Rzeszów-Warszawa przez Kolbuszową – etap II – przebudowa nawierzchni kolejowej	06.2007- 11.2007	5
VolkerRail Gleisbau Sabrodt GmbH	D.B. AG wymiana torów na linii kolejowej 6142-0 na odcinku WeiBwasser-Spremberg stacja Graustein Tor nr 1 i wymiana rozjazdu nr 2	01.2007- 05-2007	5
VolkerRail Polska sp. z o.o.	Budowa drogi kolejowej Rzeszów-Warszawa przez Kolbuszową – etap I – uruchomienie jazd pasażerskich na odcinku Rzeszów-Kolbuszowa w zakresie torów i rozjazdów położonych na linii kolejowej na 71 Ocice-Rzeszów	10.2006- 12.2006	3
suma:	73 miesiące tj. 6 lat i 1 miesiąc		

Dowód: uzupełniony wykaz doświadczenia pana S..... jako kandydata na funkcję kierownika budowy wraz z uprawnieniami, przedstawiony zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z 04.12.2012 r.

Odwołujący wskazał, że mechanizm określony w art. 26 ust. 3 ustawy stanowi rozwiązanie, które ma przyczynić się do podniesienia efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych, tak aby nastąpiło zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę faktycznie najkorzystniejszą ekonomicznie, chociaż niekoniecznie od razu oferta jego była poprawna formalnie. System prawna zamówień publicznych nie może być bowiem postrzegany tylko i wyłącznie jako procedura, mniej czy bardziej sformalizowana będąca wartością samą w sobie, ale przede wszystkim jako system prawny pozwalający na uzyskiwanie określonych efektów gospodarczych, służących społeczeństwu.

Z orzecznictwa wynika, że konieczne jest dopełnienie przez zamawiającego wszelkich starań umożliwiających osiągnięcie celu w postaci wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Jednym ze środków to zapewniających jest wezwanie wykonawcy, który złożył dokumentację nie odpowiadającą formalnie warunkom specyfikacji do jej uzupełnienia, co stworzy szansę merytorycznego porównania ofert i wyłonienia najkorzystniejszej z nich. W konsekwencji postępowanie zamawiającego należy oceniać biorąc pod uwagę cel, za którego osiągnięcie był odpowiedzialny, realne warunki (okoliczności faktyczne), w których podejmował decyzję oraz skuteczność rozumianą, jako uzyskanie optymalnej relacji między wyznaczonymi celami, a osiągniętymi efektami ich realizacji.

W tym kontekście wskazać należy, że oferta odwołującego jest najbardziej korzystna pod względem ekonomicznym i tylko jako jedyna mieściła się w budżecie zamawiającego pierwotnie wskazanym na realizację przedmiotowego zamówienia. Początkowo kwota deklarowana przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosiła 601.649.580 PLN brutto. Oferta wybrana po bezzasadnym wykluczeniu odwołującego opiewa zaś na kwotę 602.884.181,71 PLN. Zamawiający musiał zatem wyasygnować dodatkowe, nieprzewidziane pierwotnie środki, aby sfinansować przedmiotowe zamówienie.

Oferta wybranego wykonawcy jest o 8.425.181,71 PLN brutto droższa od oferty odwołującego. Zatem, wskutek opisanych w odwołaniu naruszeń prawa, zamawiający, mimo posiadania dokumentacji wskazującej jednoznacznie, że odwołujący spełnia wszystkie wymogi udziału w postępowaniu, zdecydował się wykluczyć odwołującego i wybrać ofertę aż o 8.425.181,71 PLN brutto droższą.

W konsekwencji zamawiający nie zrealizował celów stawianych mu przez ustawodawcę. W szczególności nie zadbał o to, aby powierzone mu środki publiczne zostały wydatkowane w sposób efektywny i racjonalny. Mimo posiadanych instrumentów prawnych nie doprowadził do tego, aby wybrana została oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, tj. oferta odwołującego, ale przez swe zaniechania

spowodował, że w zamówieniu konieczne będzie wydatkowanie większych kwot niż jest to celowe.

Przez zaniechanie analizy całokształtu okoliczności związanych z przyczynami złożenia wykazu doświadczenia pana K....., w szczególności pominięcia faktu rzeczywistego kierowania przez pana K..... robotami torowymi na kontrakcie o nazwie „*Budowa odcinka Autostrady A1 „Sośnica-Maciejów”*”, braku ustalenia niezawinionego przez odwołującego charakteru omyłki w wykazie doświadczenia pana K....., wreszcie przez pominięcie uzupełnionego wykazu doświadczenia i uprawnień innego kandydata wskazanego na funkcję kierownika budowy w osobie pana S..... i niedopuszczenie w ten sposób do skorygowania wykazu doświadczenia kierownika, **zamawiający dopuścił się także naruszenia zasad równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia publicznego i uczciwej konkurencji, tj. art. 7 ust. 1 ustawy.**

W postępowaniu oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i opiewa na kwotę 594.459.000,00 zł brutto, podczas gdy wybrana przez zamawiającego oferta opiewa na cenę 602.884.181,71 zł brutto. Gdyby zamawiający nie naruszył postanowień ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie dokonał niezgodnie z prawem wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty odwołującego, oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą i tym samym odwołujący uzyskałoby zamówienie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **03.01.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 ustawy).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **04.01.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio ustawy).

07.01.2013 r. (poniedziałek) wykonawca [1] ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków (pełnomocnik) [2] PRK w Krakowie S.A., [3] PNiUIK złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 ustawy).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1a) odpis z KRS spółki PPWiUTH ELKOL Sp. z o.o. na wykazanie bezzasadności twierdzenia uczestnika postępowania odwoławczego, że umowa zawarta przez spółkę ELKOL z PKP Energetyka jest nieważna ze względu na brak właściwej reprezentacji po stronie spółki ELKOL, bo prezes tej spółki był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji oraz (dowód nr 1b) pisma PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie, ZDW w Katowicach, Integral sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i Budimex Dromex S.A. OIK Południe w Krakowie na wykazanie, kto pełnił funkcję kierownika budowy;

dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 2) (dowód nr 2) pisma GDDKiA, PKP PKL S.A. z siedzibą w Warszawie i konsorcjum Polimex-Mostostal S.A., które to pisma nie potwierdzają, że pan K..... pełnił funkcję kierownika budowy w Sośnicy;

oraz dowodu złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- 3) (dowód nr 3) wydruki z Internetu, że pan K..... nie był w wykazanych terminach członkiem Izby, a więc nie mógł w tym czasie pełnić funkcji kierownika budowy czy też kierownika robót zgodnie z art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* – to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego zarzut pierwszy – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – i bezzasadne przyjęcie, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie odwołującego i w konsekwencji bezpodstawne uznanie złożonej przez odwołującego oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert – w związku z art. 24 ust. 4 ustawy – Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w tomie I »Instrukcje dla wykonawców (IDW)« rozdz. 8 ust. 8.2 pkt 8.2.3, str. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i wymagał – na podstawie pkt 8.3.2 lit. a rubryka lp. 1, str. 10 specyfikacji – wykazania przez wykonawcę w zakresie dysponowania kierownikiem budowy osobą posiadającą cyt. „uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności kolejowej lub konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń” posiadającą cyt. „co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy / Kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane [...] na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem infrastruktury kolejowej”.

W związku z tym odwołujący wskazał osobę pana K....., która to osoba według wiedzy odwołującego spełniała zacytowane warunki postawione przez zamawiającego – str. 18 i 19 oferty odwołującego. Odwołujący uzyskał przekazane zamawiającemu w ofercie informacje od innego podmiotu – PPWiUTH ELKOL Sp. z o.o., które to informacje zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tej spółki, zgodnie z KRS.

Zamawiający podczas oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wystąpił do inwestorów wykazanych w ofercie inwestycji o potwierdzenie pełnienia funkcji kierownika budowy przez osobę pana K....., wskazaną do pełnienia tej funkcji przez odwołującego i uzyskał informację, że inwestorzy nie mają w swoich dokumentach danych, aby móc potwierdzić informacje złożone przez odwołującego.

Dlatego zamawiający, 4 grudnia 2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej osoby na stanowisko kierownika budowy w wykazanym przez odwołującego zadaniu dotyczącym „węzła Sośnica”. Zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień powołał się na art. 26 ust. 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [ustawy]*.

W wymaganym przez zamawiającego terminie, odwołujący 4 grudnia 2012 r. złożył wyjaśnienie, że informacje dotyczące osoby zaproponowanej na kierownika budowy uzyskał od wskazanego podmiotu – PPWiUTH ELKOL Sp. z o.o. Ponadto odwołujący przedstawił poświadczony przez ten podmiot wykaz czasookresów pełnienia funkcji kierownika budowy przez wskazaną osobę – pana K..... Jednocześnie odwołujący wskazał na stanowisko kierownika budowy inną osobę i przekazał nowy wykaz osób sporządzony wg załącznika nr 5B do IDW.

Zamawiający bez dalszych czynności wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy odrzucił ofertę odwołującego.

Skład orzekający stwierdza, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż bezzasadnie przyjął, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje (dotyczące doświadczenia osoby przedstawionej, jako kandydata na funkcję Kierownika Budowy) mające wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji bezpodstawnie wykluczył odwołującego oraz bezpodstawnie uznał złożoną przez odwołującego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy.

W podobnym stanie faktycznym w sprawie, w której występował ten sam zamawiający, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) stwierdził, cyt.: „... przepis [art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy] ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego

celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. [...]. Ponadto – w ocenie Sądu Okręgowego – przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g ww. Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji. Ocena czy błąd ma charakter poważny, czy też nie będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Taki sposób wykładni potwierdza także przepis art. 26 ust. 3 [ustawy], który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy oraz art. 87 ust. 2 [ustawy], który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty” [podkreślenia zgodne z oryginałem wyroku].

Skład orzekający przyjmuje argumentację i uzasadnienie Sądu Okręgowego, jako odpowiadające rozpoznawanej sprawie.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący wykazał, że złożył dokumenty w przeświadczeniu, że są one oparte na prawdzie. Na czego dowód odwołujący załączył do wyjaśnień z 4 grudnia 2012 r. wykaz pełnionych funkcji przez osobę, której odwołujący zamierzał pierwotnie powierzyć funkcję kierownika budowy. Był to dokument potwierdzony przez osoby uprawnione do reprezentacji PPWiUTH ELKOL Sp. z o.o., zgodnie z załączonym do tych wyjaśnień odpisem z KRS. Natomiast zamawiający nie legitymował się posiadaniem dokumentów rejestrowych inwestorów, z których to dokumentów wynikałoby, że pisma w imieniu inwestorów zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tych podmiotów. W związku z tym skład orzekający stwierdził, że zamawiający ani przystępujący nie wykazali, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wobec tego skład orzekający stwierdza, że zamawiający niezasadnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i wykluczył odwołującego z postępowania, a jego ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Ponadto zamawiający nie powinien stosować art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i odrzucać oferty, którą zamawiający miał obowiązek uznawać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie dotyczy trybu przetargu nieograniczonego, w

którym jest prowadzone rozpoznawane postępowanie. Jednak niewłaściwe zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania, bo i tak zamawiający uznał ofertę odwołującego za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

W ocenie składu orzekającego zarzut trzeci – [cz. 1] uznania przez zamawiającego, że złożone przez odwołującego dokumenty nie wskazują na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i [cz. 2] zaniechania wyjaśnienia okoliczności potwierdzających, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i [cz. 3] zaniechania wyjaśnienia okoliczności potwierdzających, że odwołujący nie wprowadził zamawiającego w sposób zamierzony i celowy w błąd – został dowiedziony w zakresie części trzeciej zaniechania wyjaśnienia okoliczności potwierdzających, że odwołujący nie wprowadził zamawiającego w sposób zamierzony i celowy w błąd zasługuje na uwzględnienie, co zostało wyżej szczegółowo omówione.

W ocenie składu orzekającego zarzut drugi – zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert – i zaniechania uwzględnienia przedstawionych samodzielnie przez odwołującego w uzupełnieniu złożonej oferty dokumentów na nowego kandydata na funkcję kierownika budowy skład orzekający uznaje za niezasadny.*

Odwołujący złożył z wyjaśnieniami z 4 grudnia 2012 r. dokumenty dotyczące innej osoby niż wykazana w ofercie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te nie były kwestionowane przez zamawiającego ani przez uczestnika postępowania. Składając dokumenty na inną osobę odwołujący faktycznie przyznał, że złożone pierwotnie dokumenty mogą nie potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek zastosować się do przepisu art. 26 ust. 3 ustawy i wezwać wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie właściwych dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W rozpoznawanym postępowaniu, gdy odwołujący sam, z własnej inicjatywy złożył takie dokumenty, skład orzekający stwierdził, że odwołujący uznał, że został wypełniony art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy i zamawiający nie musi już wzywać wykonawcy o ponowne złożenie odpowiednich dokumentów. Dalej odwołujący uznawał, że wzywanie o złożenie dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy byłoby zbytecznym formalizmem, bo na podstawie uzupełnionych dokumentów zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednak skład orzekający stwierdza, że postępowanie w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty jest postępowaniem sformalizowanym i ustawa w żadnym miejscu nie przewiduje odstępstwa od zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w przypadku, gdy wykonawca z własnej inicjatywy składa inne dokumenty niż znajdujące się w ofercie na wykazanie spełnienia warunków postawionych przez zamawiającego w specyfikacji.

Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 stycznia 2012 r., sygn. akt 2731/11, gdzie Izba stwierdza, cyt. „Z treści tego artykułu [art. 26 ust. 3 ustawy] wynika bezwzględny obligatoryjny obowiązek zamawiającego, który nakłada na niego ustawodawca i zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają zamawiającemu dokumenty lub oświadczenia. Ustawodawca wskazał bowiem enumeratywnie sytuacje, w których zamawiający może pominąć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a dotyczą one jedynie okoliczności, gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania lub oferta wykonawcy, mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów, podlegałyby odrzuceniu”.

Wobec powyższego zarzut drugi zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, tj. nie uwzględnienia przedstawionych samodzielnie przez odwołującego w uzupełnieniu złożonej oferty dokumentów na nowego kandydata na funkcję kierownika budowy skład orzekający uznaje za niezasadny.

W ocenie składu orzekającego zarzut trzeci – [cz. 1] uznania przez zamawiającego, że złożone przez odwołującego dokumenty nie wskazują na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i [cz. 2] zaniechania wyjaśnienia okoliczności potwierdzających, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i [cz. 3] zaniechania wyjaśnienia okoliczności potwierdzających, że odwołujący nie wprowadził zamawiającego w sposób zamierzony i celowy w błąd – nie został dowiedziony w zakresie części pierwszej i drugiej zaniechania wyjaśnienia okoliczności potwierdzających, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie, co zostało wyżej szczegółowo omówione.

W ocenie składu orzekającego zarzut czwarty – zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* – i prowadzenia przez zamawiającego postępowania, w tym dokonania oceny oferty odwołującego, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez uniemożliwienie odwołującemu skorygowania wykazu doświadczenia kandydata na funkcję kierownika budowy – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Samodzielne podnoszenie naruszenia art. 7 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że jest to zasada generalna, tym samym tworzenie odrębnego zarzutu nie jest zasadne i nie może zasługiwać na uwzględnienie. Nie zasługuje również na uwzględnienie naruszenie art. 7 ustawy w zakresie zarzutów, których w wyniku oceny skład orzekający nie uznał za zasadne. Naruszenie generalnej zasady potwierdziło się jedynie w zakresie zarzutów uwzględnionych, co znajduje wyraz w uwzględnieniu naruszenia przepisów szczególnych.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 ustawy bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem dowodu nr 3, który stanowią wydruki z Internetu i dowód nie został uwierzytelniony ani opisany przez składającego dowód uczestnika postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....