

Sygn. akt KIO/1286/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 czerwca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z o.o., 3. AECOM Ltd**, adres dla pełnomocnika: **ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Powiat Świdnicki**, adres dla Zamawiającego prowadzącego postępowanie: **ul. M. Skłodowskiej –Curie 7, 58-100 Świdnica**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. zo.o.**, adres dla pełnomocnika: **ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Świdnicki, adres dla Zamawiającego prowadzącego postępowanie: ul. M. Skłodowskiej –Curie 7, 58-100 Świdnica, i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z.o.o., 3. AECOM Ltd, adres dla pełnomocnika: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Powiat Świdnicki, adres dla Zamawiającego prowadzącego postępowanie: ul. M. Skłodowskiej –Curie 7, 58-100 Świdnica** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z.o.o., 3. AECOM Ltd, adres dla pełnomocnika: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Świdnicki, ul. M. Skłodowskiej –Curie 7, 58-100 Świdnica, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Pełnienie funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC dla zadania: Budowa drogi powiatowej nr 3396D na odcinku pomiędzy drogą krajową nr 5 a drogą wojewódzką nr 382 i ul. Stęczyńskiego w Świdnicy”.

Pismem przesłanym w dniu 14 czerwca 2010 r. (za pośrednictwem faksu) Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o.

Wykonawca konsorcjum firm: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z o.o., 3. AECOM Ltd (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 24 czerwca 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o. oraz wybór oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4, ustawy Pzp., ze względu na fakt, iż wybrany wykonawca złożył w treści dokumentów nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- wykluczenia z postępowania ww. konsorcjum;
- dokonania ponownej oceny złożonych ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności:

Zdaniem Odwołującego w toku postępowania Zamawiający pominął istotne fakty świadczące o podaniu przez wybranego wykonawcę nieprawdziwych informacji oraz o niewykazaniu spełniania warunków udziału postawionych w rozdziale V pkt 6.1) lit. b) SIWZ.

Wedle Odwołującego w Rozdziale V pkt 6.1) SIWZ Zamawiający w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału podał, iż Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem polegającym na „wykonaniu z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi polegającej na:

- a) pełnieniu funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, dla dwóch budów i/lub przebudów drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030;
- b) pełnił usługę polegającą na Pomocy Technicznej w zakresie doradztwa organizacyjno - prawnego dla projektu którego wartość kosztorysowa robót była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy".

Ponadto Odwołujący wskazał również, iż jednocześnie wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia wykazu wykonanych usług według wzoru załącznika nr 5 do SIWZ.

Zdaniem Odwołującego treść ww. pkt a) oznacza, iż w celu spełnienia warunków udziału wykonawcy powinni wykazać się wykonaniem dwóch usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera dla dwóch budów, przy czym usługi te powinny być zakończone, co wynika z zapisu SIWZ („doświadczenie polegające na wykonaniu” - forma dokonana czasownika).

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż wybrany wykonawca w treści załączonego do oferty wykazu wykonanych usług podał dwie usługi polegające na „świadczeniu usług konsultanta, projektanta oraz inżyniera kontraktu” dla dwóch inwestycji:

1. Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP oraz
2. Budowa drogi N25 - obwodnica Waterford.

Zdaniem Odwołującego odnosząc się do pierwszego z ww. projektów należy stwierdzić, iż zamieszczenie jego w wykazie jest działaniem nieuprawnionym ze względu na fakt nieukończenia przez konsorcjum WYG International sp. z o.o. wykonywania tej usługi, co wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej National Roads Authority (NRA) - zamawiającego budowę drogi, nad którą, według wykazu, pełnił usługę inżyniera kontraktu WYG International. Faktyczna data ukończenia budowy drogi prognozowana jest na lipiec 2010 r. co można przeczytać na stronach internetowych NRA:

http://www.nra.ie/PublicPrivatePartnership/ContractorsNewsletters/file.15802_en.pdf (wydruk w załączeniu).

Zdaniem Odwołującego jest faktem powszechnie znanym, iż usługa polegająca na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu jest bezpośrednio związana z robotą budowlaną i trwa do jej zakończenia. Wobec tego fakt nieukończenia roboty budowlanej świadczy o nieukończeniu usługi z nią związanej. W świetle powyższej argumentacji wybrany w przedmiotowym postępowaniu wykonawca w sposób świadomy podał fałszywą informację (polegającą na umieszczeniu w wykazie wbrew wymogom SIWZ usługi niezakończonych), mającą wpływ na spełnienie przez niego warunków udziału, a więc na wynik postępowania.

Odwołujący podkreślił również, że konsorcjum WYG International sp. z o.o. podało fałszywą informację również w przypadku drugiej z ww. inwestycji ujawnionych w wykazie, tj. w zakresie przedmiotu wykonywanych w ramach kontraktu usług. Zamawiający, zdaniem Odwołującego w SIWZ wymagał wykazania doświadczenia w zakresie wykonywania usługi inżyniera kontraktu i treść wykazu ten fakt potwierdza. Jednakże powszechnie dostępne informacje dotyczące budowy obwodnicy Waterford - drogi N25 - wskazują, iż do zadań konsorcjum WYG International sp. z o.o. należał nadzór autorski - projektowanie robót budowlanych, nie zaś jak wymagał w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, nadzór inwestorski. Powyższe informacje można wyczytać chociażby z oficjalnej broszury Waterford Joint Venture, która została wskazana przez konsorcjum WYG International sp. z o.o. jako zleceniodawca usługi. Treść broszury dotyczącej budowy drogi N25 można znaleźć pod adresem: <http://www.waterfordcity.ie/n25bypass/files/N25-PromoBrouchure.pdf> (wydruk w załączeniu). Broszura wskazuje na 12 stronie, iż konsorcjum WYG International sp. z o.o. odpowiada za 'Detailed Design' czyli „szczegółowe projektowanie”, co jest sprzeczne z informacją zawartą w wykazie wykonanych usług. Ten sam dokument wskazuje, iż Inżynierem projektu (Consulting Engineer) była firma Mott MacDonald Ireland Ltd.

Odwołujący zauważył również, iż powyższą rozbieżność potwierdza treść załączonych do wykazu referencji wystawionych przez Waterford Joint Venture, w której czytamy (wersja oryginalna - angielska), iż konsorcjum WYG International sp. z o.o. wykonywało prace jako konsultant, projektant i nadzorca „autorski” (consultants, designers and construction supervisors), a nie, jak widnieje w wersji przetłumaczonej na język polski: konsultant, projektant oraz inżynier kontraktu. Inżyniera kontraktu określa się w języku angielskim mianem Engineer. Należy wskazać, iż tłumaczenie dokumentu na język polski nie zostało dokonane przez tłumacza przysięgłego, wobec czego jego wiarygodność i wierność względem oryginału tym bardziej może budzić wątpliwości. Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż nazewnictwo angielskie Warunków Kontraktowych dla budowy FIDIC, w

odniesieniu do inżyniera dla potrzeb kontraktu (wymieniony w Rozdziale V pkt 6.1 SIWZ warunków określał, iż wymagane doświadczenie ma dotyczyć pełnienia funkcji inżyniera właśnie w rozumieniu FIDIC lub warunków równoważnych) brzmi 'Engineer for the purposes of the contract' nie „construction supervisor”. Wskazuje to, iż referencje załączone przez wykonawcę na potwierdzenie należytego wykonania usługi nie potwierdzają zgodnego z umową wykonania usługi pełnienia funkcji inżyniera kontraktu (która jak wyżej wykazano nie miała miejsca). Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, iż wybrany wykonawca podał nieprawdziwą informację w wykazie wykonanych usług, która w oczywisty sposób wpłynęła na wynik postępowania, ponieważ zdecydowała o wyborze wykonawcy, który w rzeczywistości nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Wedle Odwołującego powyższe fakty wskazują na dwie okoliczności skutkujące wykluczeniem konsorcjum WYG z udziału w postępowaniu. Jedną z nich jest niespełnienie warunków udziału, a drugą podanie informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Należy zwrócić uwagę, iż ta druga okoliczność stanowi zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, t.j. na wyrok KIO z dnia 28 września 2009, sygn. Akt KIO/UZP 1161/09: „w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia” oraz wyrok KIO z dnia 12 października 2009, sygn. Akt KIO/UZP 1223/09: „obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy zamawiający poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji”. Nie ma również możliwości, aby zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w celu sanowania oferty pod względem spełniania warunków podmiotowych *„ponieważ uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 p.z.p. podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane”* (wyrok KIO z dnia 12 października 2009, sygn. Akt KIO/UZP 1223/09). Odwołujący zauważył, iż zdaniem Izby *„przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy.”* (wyrok KIO z dnia 28 września 2009, sygn. Akt KIO/UZP 1161/09). Powyższa argumentacja wskazuje zdaniem Odwołującego, iż bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego jest wykluczenie konsorcjum WYG International sp. z o.o. z niniejszego postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 15 kwietnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2010/S 76 – 113433 z dnia 20 kwietnia 2010 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 3.116.750,00 zł, co stanowi równowartość 811.865,07 euro.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi następujące postanowienia:

W rozdziale V („Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”) pkt 6 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają m. in. następujące warunki:

1) wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi polegającej na:

- a) pełnieniu funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, dla dwóch budów i/lub przebudów drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030;
- b) pełnił usługę polegającą na Pomocy Technicznej w zakresie doradztwa organizacyjno - prawnego dla projektu którego wartość kosztorysowa robót była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku Zamawiający zgodnie z Rozdziałem VI pkt 1 b) („Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”) wymagał złożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie (załącznik nr 5 do niniejszej SIWZ), z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały lub są wykonywane należycie.

W toku postępowania wykonawcy w zakresie niniejszego zapisu SIWZ zadawali zamawiającemu następujące pytania w powyższym zakresie:

Na pytanie nr 17 dotyczące rozdziału V, pkt 6 1.a) zadane w następujący sposób: „rozumimy, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku w przedmiotowym postępowaniu,

jeżeli Wykonawca wykonał prace jako Konsultant, Projektant oraz Inżynier Kontraktu (w ramach projektu M3 Motorway JV) opartego na warunkach stosowanych w Irlandii, które powstały poprzez dostosowanie i rozwinięcie Warunków Kontraktowych FIDIC oraz prawa lokalnego oraz potrzeb Zamawiającego, oczywiście przy spełnieniu pozostałych warunków wynikających z SIWZ?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tak, pod warunkiem, że wykonawca wykaże dwie budowy i/lub przebudowy dróg klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030.

Jednocześnie zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający zmienił zapis § 1 ust. 1 umowy na: „Przedmiotem umowy są usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę” – 3 wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2006 (tłumaczenie 1 wydania 1999) dla zadania pn.: „Budowa drogi powiatowej nr 3396D na odcinku pomiędzy drogą krajową nr 5 a drogą wojewódzką nr 382 i ul. Stęczyńskiego w Świdnicy” wykonywaniem czynności inspektora nadzoru inwestorskiego oraz koordynatora czynności inspektorów nadzoru, zgodnie z postanowieniami decyzji o pozwoleniu na budowę, przepisami polskiego prawa, w szczególności prawa budowlanego i wiedzą techniczną oraz po zakończeniu realizacji projektu wykonania badań osiągniętych rezultatów i raportu porealizacyjnego zgodnego z wymogami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia i raportów według wytycznych i wymagań Regionalnego Programu Operacyjnego”.

Do oferty wykonawcy konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o. w zakresie warunku doświadczenia i wiedzy z rozdziału V, pkt 6 1.a) załączono:

- Wykaz usług pt. „Wykaz usług wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat” (wskazując 1. usługę Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP oraz 2. usługę Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa drogi N25 – obwodnica Waterford”),
- referencje potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie.

W zakresie warunku doświadczenia i wiedzy z rozdziału V, pkt 6 1.b) w niniejszym wykazie wskazano usługę Pomocy Technicznej w zakresie doradztwa organizacyjno-prawnego wraz z załączoną referencją.

W dniu 31 maja 2010 r. Zamawiający na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o. do uzupełnienia załączonych dokumentów o dodatkowe dokumenty, gdyż zdaniem Zamawiającego w złożonych wraz z ofertą dokumentach brak jest dokumentu dotyczącego nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 2 czerwca 2010 r., w odpowiedzi na wezwanie, wykonawca konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o. wyjaśnił Zamawiającemu (w zakresie zaświadczenia dotyczącego wykonawcy WYG Ireland LIMITED) , iż w myśl prawa obowiązującego na terytorium Irlandii składki na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne odprowadzane są wraz z podatkiem do Ministra Finansów poprzez lokalne urzędy skarbowe. Wobec powyższego dokument załączony do oferty, potwierdzający niezaleganie w opłacaniu podatków potwierdza jednocześnie niezaleganie w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne, i że przedmiotowy dokument wydawany jest wyłącznie raz w roku i zachowuje swoją aktualność przez cały rok, którego dotyczy.

W dniu 14 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę wykonawcę konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. z o.o., jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.

U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 roku oraz w dniu 29 stycznia 2010 roku.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż zdaniem Izby niesłuszne jest twierdzenie, że Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia, ze względu na fakt, iż cena oferty Odwołującego przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Kwota, jaką Zamawiający odczytuje bezpośrednio przed otwarciem ofert, to jedynie jego deklaracja w zakresie posiadanych przez niego w danym momencie środków finansowych. Jednakże należy wskazać, iż powyższa kwota może ulec zmianie, np. może okazać się że Zamawiający będzie mógł zwiększyć środki przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawcy konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. zo.o. (dalej zwany: „Przystępującym”), po stronie Zamawiającego jest skuteczne, gdyż zgłosił on przystąpienie w dniu 28 czerwca 2010 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 27 czerwca 2010 r. w niedzielę) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 24 czerwca 2010 r.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowiska Stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (zawartym w rozdziale V pkt 6.1) a) a polegającym na wykazaniu się wykonaniem z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, dla dwóch budów i/lub przebudów drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030.

Zwarzywszy, iż Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku zgodnie z Rozdziałem VI pkt 1 b) („Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”) wymagał złożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie (załącznik nr 5 do niniejszej SIWZ), z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały lub są wykonywane należycie, należy stwierdzić, iż usługa polegająca na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu nie jest zarówno usługą o charakterze ciągłym jak i zarówno nie może być zaliczana do usług okresowych. Jednakże nie ulega wątpliwości, że niniejsza usługa charakteryzuje się możliwością wyodrębnienia pewnych etapów i jest realizowana sukcesywnie, jednakże w świetle przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 228, poz. 1817) wykonawca wykazując w wykazie usługi polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu musi wykazać usługi już zakończone.

Powyższą okoliczność, potwierdził również Zamawiający na rozprawie oraz w odpowiedzi na pytanie nr 17 wskazując, iż w świetle V pkt 6.1) a) wykonawcy mieli wykazać się dwiema usługami polegającymi na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu, a Zamawiający rozumiał powyższy warunek w ten sposób, iż chodziło mu o wykazanie usług już zrealizowanych.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia polegającego na świadczeniu usług Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP”, załączonych przez Przystępującego do oferty, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że realizacja powyższej usługi wskazanej przez Przystępującego w wykazie na dzień składania ofert nie została zakończona. Co zostało wcześniej wskazane, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się dwiema usługami polegającymi na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu, a usługi te miały być przez wykonawców ukończone.

Z dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego wynika, iż Przystępujący załączył do swojej oferty kopię referencji poświadczoną za zgodność z oryginałem (w języku angielskim) w zakresie świadczenia usługi Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP”, jednocześnie załączając jej tłumaczenie. Powyższe tłumaczenie nie było jednak tłumaczeniem dokonany przez tłumacza przysięgłego. Z treści niniejszej referencji możemy wyczytać, iż „firma WYG Ireland Limited wykonywała prace jako konsultant, Projektant oraz Inżynier Kontraktu w ramach projektu pomiędzy październikiem 2006 do dnia dzisiejszego dla M3 Motorway JV” (t.j. do dnia jej wystawienia, tzn. 25.03.2010 r.). Izba zauważa, na zwrot „wykonywała”, wskazując jednocześnie, iż powyższy zwrot nie przesądza jednoznacznie, że powyższa usługa została już definitywnie zrealizowana, wręcz przeciwnie można wnioskować, iż skoro wykonawca na dzień 25 marca 2010 r. wykonywał powyższą usługę, wykonując ją do dnia dzisiejszego, (czyli do dnia 25 marca 2010 r.) to tym samym była ona jeszcze w trakcie jej realizacji. Powyższe potwierdza również fakt, iż w wykazie wykonawca wskazał, że „zadanie było realizowane” nie przesądzając że zostało one przez wykonawcę zrealizowane. Izba zauważa, iż dokonując analizy treści referencji dotyczącej świadczenia usługi Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP”, nie można postawić znaku równości pomiędzy stwierdzeniem „firma wykonywała (...)” a stwierdzeniem, iż „firma powyższą usługę wykonała”. Dopiero użycie tego drugiego zwrotu w treści referencji potwierdzałoby, i jednoznacznie wskazywało, że realizacja powyższej usługi została zakończona.

Ponadto Izba nie dała wiary stwierdzeniom Przystępującego, że skoro otwarcie drogi M3 Clonee do Kells PPP nastąpiło w dniu 4 czerwca 2010 r. to tym samym zakończenie prac inżyniera kontraktu musiało nastąpić kilka miesięcy wcześniej. Przystępujący powołał się na stronę internetową Ministerstwa Transportu, nie przedkładając Izbie w tym zakresie konkretnych dowodów. Dodatkowo, co wzmacnia niniejszą argumentację, należy także wskazać, że Przystępujący nie przedłożył żadnych umów, które potwierdzałyby zrealizowanie niniejszej usługi twierdząc, iż jego zdaniem wystarczające są referencje dołączone do oferty, za które ponosi on pełną odpowiedzialność.

Izba dała również wiarę przedłożonemu przez Odwołującego tłumaczeniu z języka angielskiego (dokonanego przez tłumacza przysięgłego) referencji dotyczącej świadczenia usługi Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP”. Zgodnie z niniejszym tłumaczeniem „firma WYG Ireland Limited (WYG) pełni rolę Konsultanta Projektów i Budowy w powyższym projekcie od października 2006 r. do dnia dzisiejszego, na rzecz M3 Motorway JV (...)”. Treść powyższego tłumaczenia wskazuje jednoznacznie, że na dzień 25.03.2010 r. (data referencji) WYG Ireland Limited nie

zakończyła realizacji niniejszej usługi co potwierdza również, dalsza część tłumaczenia niniejszej referencji wskazując, iż „Dotychczasowe usługi były wykonywane terminowo (...)”.

Podsumowując powyższą analizę, biorąc pod uwagę całokształt materiału dowodowego złożonego na rozprawie należy stwierdzić, że usługa Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP, nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunku doświadczenia i wiedzy polegającym na wykazaniu się wykonaniu z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, dla dwóch budów i/lub przebudów drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała, iż zarzut powyższy jest zasadny w świetle ustalonych okoliczności sprawy. W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu nie wykazania się spełnieniem warunku doświadczenia i wiedzy wskazanym przez Odwołującego, Izba stwierdziła, iż w konsekwencji doszło do naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia polegającego na świadczeniu Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa drogi N25 – obwodnica Waterford”, załączonych przez Przystępującego do oferty, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że referencja załączona przez wykonawcę nie potwierdza zgodnego z umową wykonania usługi pełnienia funkcji inżyniera kontraktu, która zdaniem Odwołującego nie miała miejsca, a w konsekwencji nie potwierdza spełnienie warunku doświadczenia i wiedzy wskazanego w rozdziale V pkt 6.1) a) a polegającym na wykazaniu się wykonaniem z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, dla dwóch budów i/lub przebudów drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030.

W toku postępowania ustalono, że Zamawiający postawił warunek doświadczenia i wiedzy w następujący sposób:

- Należało wykazać się wykonaniem z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, dla dwóch budów i/lub przebudów drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 10 km, z czego jedna musi również obejmować budowę i/lub przebudowę wiaduktu drogowego nad torami PKP o długości co najmniej 45 m i klasy obciążeń A wg PN-85/S-10030.

Zdaniem Izby tak dokonany przez Zamawiającego opis w zakresie wykazania się równoważnością nie został precyzyjnie sformułowany. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie podał kryteriów jakimi będzie kierował się przy ocenie tej równoważności i co rozumie pod tym pojęciem. Zamawiający nie dookreślił na czym „równoważność” ma polegać w stosunku do warunków kontraktowych FIDIC, dlatego też zdaniem Izby nie można przesądzić że referencja dotycząca wykonania zamówienia polegającego na świadczeniu Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa drogi N25 – obwodnica Waterford” nie potwierdza spełnienia postawionego warunku. Ponadto Odwołujący zakwestionował prawidłowość załączonego do oferty tłumaczenia niniejszej referencji. Na rozprawie Przystępujący złożył kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem tłumaczenia przysięgłego z języka angielskiego dotyczącego Projektu PPP obwodnicy Waterford N 25.

Izba wzięła pod rozwagę treść niniejszego tłumaczenia, zgodnie z którym „Spółka WYG Ireland Limited (WYG) świadczyła usługi konsultingowe, projektowe i nadzoru budowlanego w projekcie PPP obwodnicy Waterford N 25 w okresie od kwietnia 2006 r. do października 2009 r. na rzecz BAM Dragados JV. Izba dała wiarę treści tego tłumaczenia, i stwierdza, że w świetle powyższego nie można przesądzić że Przystępujący przedstawił referencje nie potwierdzające spełnienie niniejszego warunku.

Ponadto Izba nie dała wiary wydrukowi ze stron internetowych Ministra Sztuki Sportu i Turystyki (oraz ich tłumaczeniom) ze względu na fakt, iż treść stron internetowych może być modyfikowana, zmieniana i zdaniem Izby w porównaniu z tłumaczeniem przysięgłym referencji jest mniej wiarygodna i ma mniejszą moc dowodową.

Reasumując, niedookreślenie przez Zamawiającego co rozumie pod pojęciem równoważności z jednoczesnym niedookreśleniem kryteriów tej równoważności zdaniem Izby powoduje, iż nie można przyjąć, że referencja dołączona przez Przystępującego jest nieprawidłowa i nie potwierdza postawionego warunku.

Podsumowując, Izba stwierdza, że Zamawiający nie powinien dokonując oceny złożonych ofert brać pod uwagę referencji dotyczącej usługi Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonree do Kells PPP. W tym

stanie rzeczy Przystępujący wykazał się jedynie jedną usługą dotyczącą wykonania zamówienia polegającego na świadczeniu usług Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa drogi N25.

Jednakże niezależnie od powyższego Izba zwraca uwagę na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, (którą Zamawiający powinien wziąć pod uwagę w niniejszym postępowaniu), zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, że powyższy zarzut w zakresie obu załączonych referencji nie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał zaistnienia żadnej z tych przesłanek w stosunku do wykonawcy konsorcjum firm: 1. WYG International Sp. z o.o., 2. WYG Ireland LIMITED, 3. B-Act Sp. zo.o.

Odnosząc się do zarzutu podania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z.o.o., 3. AECOM Ltd, adres dla pełnomocnika: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa nieprawdziwych informacji w załączonym wykazie oraz referencji dotyczącej usługi Konsultanta, Projektanta, oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa autostrady M3 Clonee do Kells PPP mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania Izba uznała, iż powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

Aby stwierdzić, że wykonawca konsorcjum firm: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z.o.o., 3. AECOM Ltd, adres dla pełnomocnika: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą być spełnione 2 przesłanki. Przede wszystkim należy wykazać, że złożone informacje są nieprawdziwe, a w niniejszym postępowaniu w świetle dokonanej analizy referencje nie przesądzają, że informacje złożone przez Przystępującego są nieprawdziwe. Zaistniałe wątpliwości czy Przystępujący załączył referencje potwierdzające spełnienie warunku nie mogą stanowić podstawy do automatycznego uznania, że są one nieprawdziwe. Wręcz przeciwnie to Zamawiający błędnie zinterpretował treść załączonych referencji i to na nim spoczywa obowiązek wyjaśnienia powyższych wątpliwości na podstawie dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu podania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECM Group Sp. z o.o., 2. AECOM Sp. z.o.o., 3. AECOM Ltd, adres dla pełnomocnika: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa nieprawdziwych informacji w załączonym wykazie oraz referencji dotyczącej świadczenia usługi Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa drogi N25 – obwodnica Waterford” mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania Izba uznała, iż powyższy zarzut jest również chybiony.

Odnosnie złożenia nieprawdziwych informacji – nie ulega wątpliwości, że skoro kryteria równoważności w zakresie warunków kontraktowych FIDIC nie zostały dookreślone to z literalnego brzmienia warunku możemy wnioskować, iż Przystępujący w niniejszym zakresie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, co oznacza że w niniejszym postępowaniu nie zostały złożone informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym w zakresie przedłożonej referencji dotyczącej świadczenia usługi Konsultanta, Projektanta oraz Inżyniera Kontraktu dla inwestycji „Budowa drogi N25 – obwodnica Waterford” zdaniem Izby nie potwierdziły się zarzuty, które skutkowałyby wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zważywszy, iż Izba stwierdziła, że wykonawca Przystępujący na podstawie załączonych do oferty referencji nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia i wiedzy z rozdziału V pkt 6.1) a) SIWZ, t.j. nie wykazał się dwiema usługami polegającymi na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, to tym samym naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

