

WYROK
z dnia 27 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Alcatel - Lucent Polska Sp. z o.o., Thales Transportation System S.A. z siedzibą we Francji, Budimex - Dromex S.A., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia 18 grudnia 2008r.

przy udziale wykonawców

– konsorcjum firm: **Autostrada Per l'Italia S.p.A Via Alberto Bergamini 50, Roma, Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice,**

– konsorcjum firm: **MSF- MONIZ DA MAIA SERRA & FORTUNATO- EMPRETEIROS S.A., Av.Columbano Bordalo Pinheiro 52, 1070-064 Lisboa, Portugal, Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, KAPSCH TrafficCom AG, Wagenseilgasse 1, A-1120 Vienna, Austria**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MSF-

MONIZ DA MAIA SERRA & FORTUNATO-EMPREGATEIROS S.A., Av.Columbano Bordalo Pinheiro 52, 1070-064 Lisboa, Portugal, Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, KAPSCH TrafficCom AG, Wagenseilgasse 1, A-1120 Vienna, Austria

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00–848 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Alcatel–Lucent Polska Sp. z o.o., Thales Transportation System S.A., Budimex Dromex S.A., ul. Rzymowskiego 53, 02–697 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00–848 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum firm: Alcatel–Lucent Polska Sp. z o.o., Thales Transportation System S.A., Budimex Dromex S.A., ul. Rzymowskiego 53, 02–697 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Alcatel–Lucent Polska Sp. z o.o., Thales Transportation System S.A., Budimex Dromex S.A., ul. Rzymowskiego 53, 02–697 Warszawa.**

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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane poprzez zamieszczenie ogłoszenia w dniu 23 września 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 184-242679 na zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A4 Wrocław – Katowice na odcinku Wrocław – Sośnica do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat.

W dniu 8 grudnia 2008 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału, z której wynikało, iż warunki udziału spełniają cztery podmioty:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Alcatel - Lucent Polska Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa.

Thales Transportation Systems S.A. Chemin des Bordes - 921220 Le Plessis Pate (Francja)

Budimex-Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Egis Projects S.A. 11, avenue du Centre, Saint Quentin en Yvelines, 78286

Strabag sp. z o.o. ul. Foksal 18, 00-372 Warszawa.

3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Autostrada Per l'Italia S.p.A Via alberto Bergamini 50, Roma

Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice.

4. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

MSF-MONIZ DA MAIA SERRA & FORTUNATO-EMPREGATEIROS, S. A.,

Av.Columbano Bordalo Pinheiro, 52, 1070-064 Lisboa, Portugal

Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa

KAPSCH TrafficCom AG, Wagenseilgasse 1, A-1120 Vienna, Austria.

W dniu 18 grudnia 2008 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alcatel - Lucent Polska sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie, Thales Transportation Systems S.A.(Francja) oraz Budimex – Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie wnieśli protest do Zamawiającego na czynność zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Autostrada Wschodnia sp. z o.o. KAPSCH TrafficCom AG, Wagenseilgasse z Austrii, MSF-MONIZ DA MAIA SERRA & FORTUNATO -EMPREGATEIROS S.A., zwanych dalej łącznie "Konsorcjum Autostrada Wschodnia" oraz Stalexport Autostrada

Dolnośląska S.A w Katowicach, Autostrade Per Italia S.P.A z Włoch zwanych dalej łącznie „Konsorcjum Stalexport”.

Protestujący wskazał naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art.26 ust.3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art.24 ust.1 pkt 10 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Protestujący wskazał, iż jego interes prawny może doznać uszczerbku, gdyż Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawców, którzy w ocenie Protestującego powinni zostać wykluczeni z postępowania.

Protestujący wniósł o:

- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- dokonanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum Autostrada Wschodnia oraz Konsorcjum Stalexport.

Protestujący podniósł następujące zarzuty odnośnie Konsorcjum Autostrada Wschodnia:

1.Niespełnienie przez konsorcjum Autostrada Wschodnia wymagań określonych w art.22 ustawy poprzez nie załączenie dokumentów wymaganych w pkt III 2.8 Ogłoszenia potwierdzających niekaralność Pana Georga Kapsh. Protestujący podniósł, iż zgodnie z § 4 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn zm.), zwanego dalej "rozporządzeniem", dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Protestujący wskazał, iż we wniosku Konsorcjum Autostrada Wschodnia na stronie 276 zamieszczona została nie potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia dokumentu stanowiącego wyciąg z rejestru skazanych dotyczący Pana Georga K., do którego zostało zamieszczone na następnej stronie tłumaczenie z języka niemieckiego. Zamawiający pismem z dnia 25.11.2008r. wezwał wykonawcę Konsorcjum Autostrada Wschodnia do uzupełnienia powyższego dokumentu Protestujący podniósł, iż Konsorcjum Autostrada Wschodnia w odpowiedzi na wezwanie uzupełniło dokumenty poprzez ponowne złożenie tłumaczenia dokumentu znajdującego się na str. 276 wniosku oraz dodatkowo złożyło oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

W ocenie protestującego niezłożenie wymaganego dokumentu na potwierdzenie niekaralności Pana Georga K. powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Autostrada Wschodnia z postępowania na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

2. Dokument potwierdzający niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenie dotyczący podmiotu MSF - MONIZ DA MAIA SERRA & FORTUNATO -EMPREITEIROS S.A., z siedzibą w nie potwierdza jakie składki zostały opłacone, z jego treści nie wynika jakiego rodzaju ubezpieczenia dotyczy. W ocenie Protestującego Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie wzywając Konsorcjum Autostrada Wschodnia do uzupełnienia wniosku w zakresie dokumentu potwierdzającego nie zaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne.

3. W ocenie Protestującego Konsorcjum Autostrada Wschodnia nie potwierdziło, że dysponuje osobą, która spełnia wymagania Zamawiającego na stanowisko Dyrektora Kontraktu. W ocenie Protestującego z uwagi na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum Autostrada Wschodnia podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Protestujący wskazał, iż Autostrada Wschodnia na potwierdzenie dysponowania osobą Dyrektora Kontraktu spełniającego wymagania Zamawiającego desygnowało następujące osoby: Pana Rui Fernando G. P. oraz Pana Dietera G.

W piśmie z dnia 25 listopada 2008 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Autostrada Wschodnia do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia, że dysponuje ono osobą Dyrektora Kontraktu spełniającego wymagania Zamawiającego.

W dniu 02.12.2008 r. uzupełniło żądane dokumenty. W treści pisma Konsorcjum Autostrada Wschodnia wskazało, że wycofuje kandydaturę Pana Rui Fernando G. P. na stanowisko Dyrektora Kontraktu pozostając przy kandydaturze Pana Dietera G.

Z treści złożonych dokumentów wynika, że Pan Dieter G. zdobył doświadczenie realizując dwa projekty tj.:

- 1) DSRC Trials, London (wartość projektu ok. 3,7 milionów EUR),
- 2) System Poboru Opłat w Austrii. Austrian Truck Tolling System (wartość projektu ponad 200 milionów EUR) oraz
- 3) podczas 7 letniej pracy w Siemens AG jako kierownik projektów.

W ocenie Protestującego złożony dokument zawiera m.in. projekt, którego wartość jest niższa od równowartości kwoty 20 mln PLN -projekt nr 1 o wartości ok. 3,7 mln EUR), co nie

spełnia wymagań Zamawiającego. Ponadto Pan Dieter G. nie wykazał się 8 - letnim doświadczeniem w kierowaniu kontraktami zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Przy realizacji kontraktu Systemu Poboru Opłat w Austrii uczestniczył w latach 2002 -2004. Zdaniem Protestującego jest to jednak okres zdecydowanie zbyt krótki, jak na wymagane 8 lat doświadczenia. W ocenie Protestującego nie można zaliczyć 7 letniej pracy Pana Dietera G. w Siemens AG jako kierownika projektów. Zamawiający bowiem wyraźnie wymagał, aby informacja o doświadczeniu była podana w rozbiciu na poszczególne usługi lub roboty, w ramach których dana osoba zdobywała swe kwalifikacje. Zdaniem protestującego nie sposób uznać za "rozbicie na poszczególne usługi lub roboty" lakonicznego określenia 7-letniej pracy w Siemens AG Pana Dietera G. jako kierownika projektów, brak bowiem jest informacji o tym jakie były to projekty i jakiej wartości.

W ocenie Protestującego Konsorcjum Autostrada Wschodnia nie potwierdziło, że dysponuje osobą, która spełnia wymagania Zamawiającego na stanowisko Dyrektora Kontraktu. Ponieważ Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia powyższego warunku pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy skutkiem czego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Protestujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1138/08, KIO/UZP 1239/08 potwierdzającego jego stanowisko wykluczenia z postępowania tego wykonawcy.

Odnosnie Konsorcjum Stalexport Protestujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art.24 ust.1 pkt 10 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum, gdyż Pan Sergio B. wskazany przez Konsorcjum jako Dyrektor Kontraktu nie spełnia warunków określonych w pkt III.2.3) b) ppkt a) Ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący podniósł, iż Zamawiający w piśmie z dnia 25 listopada 2008r. wezwał to konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowaniem wymaganym potencjałem poprzez wykazanie, że Pan Sergio B. posiada co najmniej 8 lat doświadczenia zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu, lub poprzez wskazanie innej osoby na ww. stanowisko spełniającej kryteria zawarte w ogłoszeniu.

Protestujący podniósł, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum Stalexport pismem z dnia 2 grudnia 2008r. złożyło wyjaśnienia oraz wskazało innego kandydata na stanowisko Dyrektora Kontraktu - Pana Piercarlo M., którego doświadczenie jest także niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków. W opisie doświadczenia nowego Kierownika Kontraktu nie potwierdzono posiadania doświadczenia w

kierowaniu wymaganymi przez Zamawiającego kontraktami, ponadto wskazane w wykazie kontrakty nie sposób uznać za odpowiadające postanowieniom pkt III.2.3)b) ppkt a Ogłoszenia o zamówieniu.

W zakresie projektu z poz. 1 wykazu (projekt Dulles Greenway) uzupełnionego, nowego wykazu wynika wprost, że Pan Piercarlo M. pełnił w projekcie funkcję starszego inżyniera, Rezydenta i Dyrektora ds. Kontaktów. Nie jest to zatem doświadczenie w kierowaniu, czego wprost żądał Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu. Także zamieszczony opis zadań nie potwierdza spełnienia wymagań określonych w pkt III.2.3)b) ppkt a Ogłoszenia o zamówieniu. W zakresie projektu z poz. 2 wykazu (projekt M6 Toll) uzupełnionego, nowego wykazu wynika wprost, że Pan Piercarlo M. pełnił w projekcie funkcję Dyrektora ds. planowania eksploatacji i utrzymania Projektu M6 Toll. Ponadto zamieszczony opis zadań nie potwierdza spełnienia wymagań określonych w pkt III.2.3)b) ppkt a Ogłoszenia o zamówieniu. W zakresie projektu z poz. 3 wykazu (projekt M6 Toll) uzupełnionego, nowego wykazu wynika, że Pan Piercarlo M. pełnił w projekcie funkcję Dyrektora ds. eksploatacji i utrzymania Midland Expressway Ltd. Nie jest to w ocenie Protestującego doświadczenie w kierowaniu, czego wprost żądał Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu. Także zamieszczony opis zadań nie potwierdza spełnienia wymagań określonych w pkt III.2.3)b) ppkt a Ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący podniósł iż przy pozostałych opisanych w wykazie projektach, w szczególności w zakresie „Autostrade per l'Italia 2003-teraz”, „Autostrade International S.p.A. 1993-2000”, „Autostrade S.p.A (Rzym) Pan Piercarlo M. pełnił funkcję kierownika programowego, konsultanta przy przygotowaniu ofert, dyrektora ds. przetargu czy szefa Biura Geotechnicznego. Wg Protestującego analiza umieszczonych opisów wskazuje, że Pan Piercarlo M. nabył doświadczenie od strony operatora, nie zaś wykonawcy, w zdecydowanej większości są to umiejętności nabyte w związku z pełnieniem funkcji konsultanta i przygotowywaniem różnych ofert przetargowych. Protestujący wskazuje również, że w złożonym dodatkowo wykazie brak jest jakiegokolwiek odniesienia do warunku związanego z wartością danego projektu (wymagane minimum 20 mln PLN). Wykaz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wymaganych dla Dyrektora Kontraktu określonych przez Zamawiającego w pkt III.2.1 i pkt III.2.3)b) ppkt a. Ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący wskazał orzecznictwo interpretujące art.26 ust.3 ustawy i wynikające z jego treści wezwanie jako czynność jednokrotną, niepowtarzalną. Protestujący podniósł, iż zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2006r. sygn. Akt V Ca 806/06, przepis art.26 ust.3 ustawy ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany. Wielokrotne skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości przedłużania terminu uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może wykluczeniem z przetargu, może doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich

wykonawców, o której mowa w art. 7 Ustawy. Wobec powyższego, zdaniem Protestującego w niniejszym przypadku Wykonawca nie ma możliwości ponownego uzupełnienia wymaganych dokumentów.

Protestujący podniósł, iż zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą, jak i regułami stosowania przepisu o uzupełnianiu dokumentów przyjmowanymi w piśmiennictwie, do uzupełnienia danego dokumentu można wykonawcę wezwać tylko raz. Wskazał literaturę "Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych" Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski, Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 121.

Protestujący wskazał także na orzeczenie KIO/UZP 524/08 z dnia 11 czerwca 2008 r., zgodnie z którym ponowne wezwanie do uzupełniania tego samego dokumentu nie znajduje uzasadnienia prawnego. Powołał się także na wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 319/08 zgodnie z którym art.26 ustawy zezwala na jednokrotne wzywianie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu i w jednokrotnie wyznaczonym terminie. Protestujący podniósł, iż nieskorzystanie z szansy uzupełnienia dokumentów nie daje możliwości wezwania do uzupełnienia, i Konsorcjum Stalexport powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 19 grudnia 2008 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

W dniu 22 grudnia 2008 r. Konsorcjum Autostrada Wschodnia i Konsorcjum Stalexport przystąpiły do postępowania protestacyjnego.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2008 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Z uzasadnienia rozstrzygnięcia wynikało, iż:

1. Autostrada Wschodnia w dniu 2 grudnia 2008 r. uzupełniła tłumaczenie dokumentu znajdującego się na str.277 wniosku oraz złożyła oświadczenie potwierdzające niekaralność Pana Georga K.
2. Konsorcjum Autostrada Wschodnia na stronach 124-125 wniosku o dopuszczenie złożyło w odniesieniu do MSF -MONITZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO-EMPREITEROS S.A. w Lizbonie, zaświadczenie nr 9B0696 Instytutu Ubezpieczeń Społecznych IP, Okręgowego

Centrum Ubezpieczeń Społecznych-w Lizbonie, które zostało wydane w dniu 4 września 2008 wraz z tłumaczeniem tego dokumentu na język polski.

3. Odnosnie doświadczenia Dyrektora Kontraktu Pana Dieter G. – Zamawiający uznał, iż na stronach 306 do 309 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potwierdzone zostało wymagane doświadczenie, gdyż kierował on kontraktami: Narodowy System Poboru Opłat w Czechach oraz System Poboru Opłat w Austrii. Ponadto w wykonaniu wezwania z dnia 24 listopada 2008r. (pismo Zamawiającego nr GDDKiA-PPP-4-BM-620-2310/08) w dniu 2 grudnia 2008r. Konsorcjum Autostrada Wschodnia przedłożyło oświadczenie Pana Dieter G., a które zostało opatrzone pieczęcią oraz nieczytelnym podpisem Pana Andrzeja V., Prezesa Zarządu pełnomocnika Konsorcjum, iż Pan Dieter G. posiada 9 letnie doświadczenie, które zdobył m.in. w trakcie kontraktu System Poboru Opłat w Austrii, Austrian Truck Tolling (systemu o wartości przekraczającej 200 milionów euro)

Zamawiający uznał więc, iż nie zaistniały okoliczności do wykluczenia tego konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw .z art. 26 ust.3 Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił także zarzuty dotyczące Konsorcjum Stalexport

1. Zauważył iż punkcie III.2.1)2 1) Ogłoszenia o zamówieniu wymagał, aby Dyrektor Kontraktu -Przedstawiciel wykonawcy legitymował się wykształceniem wyższym technicznym lub zagranicznymi studiami uznanymi w Polsce za równoważne, a nadto minimum ośmioletnim doświadczeniem w kierowaniu podobnymi kontraktami, zaś użyty wyraz „podobny kontrakt ” nie oznacza kontraktu tego samego lub identycznego. Ponadto wskazany przez Konsorcjum Pan Piercarlo M. w dniu 2 grudnia 2008r. wskazany Zamawiającemu przez Konsorcjum Stalexport posiada 8 - letnie doświadczenie w kierowaniu kontraktami podobnymi. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z CV Pana Piercarlo M., przedstawionym przez Konsorcjum Stalexport był on w latach 1993 -2000 dyrektorem ds. planowania i utrzymania projektu M6 Toll w Austostrate International S.p.A, odpowiedzialnym, zgodnie z opisem przedstawionym w kolumnie "Opis zadań potwierdzających spełnienie wymogów", za zarządzanie wszystkimi aspektami przygotowania, wykonania eksploatacji i utrzymania M6 Toll, w tym był odpowiedzialny za wykonanie prac projektowych i przeprowadzenie procedur formalno-prawnych związanych z zatwierdzeniem projektów oraz selekcją i koordynacją poddostawców systemów autostradowych obejmujących infrastrukturę poboru opłat, na który składały się 2 place Poboru Opłat na ciągu głównym oraz 5 Stacji Poboru Opłat (w tym stanowiska ręcznego poboru), centrum zarządzania autostradą, wraz z obwodem Utrzymania Autostrady oraz systemami łączności alarmowej i monitorowania ruchu. Z opisu tego wynika, że Pan

Piercarlo M. między innymi był odpowiedzialny za budowę systemu poboru opłat na autostradzie M6.

Z podanych przez Konsorcjum Stalexport informacji wynika również, że w latach 2001 -2003 Pan Piercarlo M. był dyrektorem ds. eksploatacji i utrzymania Midland Expressway Ltd. odpowiedzialnym zgodnie z opisem przedstawionym w kolumnie "Opis zadań potwierdzających spełnienie wymogów", za organizację eksploatacji i utrzymania w tym wykonanie i uruchomienie, a następnie eksploatację systemów autostradowych obejmujących infrastrukturę poboru opłat, na który składały się 2 place Poboru Opłat na ciągu głównym oraz 5 Stacji Poboru Opłat (w tym stanowiska ręcznego poboru), centrum zarządzania autostradą, wraz z obwodem Utrzymania Autostrady oraz systemami łączności alarmowej i monitorowania ruchu. Z opisu tego wynika, że Pan Piercarlo M. między innymi był odpowiedzialny za wykonanie i uruchomienie systemu poboru opłat na autostradzie M6.

Zamawiający stwierdził, iż ocenił wartość systemu na przekraczającą 20 mln zł na podstawie zakresu dokonanych prac. Zamawiający podniósł, iż wykazanie się doświadczeniem w kontrakcie budowy autostrady płatnej M6 spełnia warunki Zamawiającego, zaś Pan Piercarlo M. posiada 10-letnie doświadczenie w kierowaniu kontraktami polegającymi na wykonaniu systemu poboru opłat, o wartości umowy nie niższej niż równowartość 20 mln zł, posiadający min. 10 stanowisk poboru opłat z możliwością ręcznego poboru, z systemem łączności zapewniającym współpracę pomiędzy urządzeniami stanowisk poboru opłat a urządzeniami Centrum zarządzania systemem, a więc spełnia wymagania Zamawiającego.

W dniu 8 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie od oddalenia przez Zamawiającego protestu i podtrzymał podniesione w proteście zarzuty naruszenia art.7 ust.1, art.24 ust.2 pkt 3 ustawy, art.24 ust.1 pkt 10) ustawy.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nierówno potraktował wykonawców, nie wykluczając wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia reprezentowanych przez Autostradę Wschodnią sp.zo.o. oraz Stalexport Autostradę Dolnośląską S.A. z postępowania. Na skutek niewłaściwej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógł doznać uszczerbku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, w tym o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie Konsorcjum Autostrada Wschodnia i Konsorcjum Stalexport z postępowania.

W dniu 8 stycznia 2009 r. zamawiający przekazał kopię odwołania uczestnikom postępowania oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 stycznia 2009 r. Konsorcjum wykonawców Autostrada Wschodnia sp.zo.o. z siedzibą w Warszawie, Kapach TrafficCom AG (Austria), MSF- Moniz Da Maia Serra \$ Fortunato- Empreiteiros (Portugalia), zwane dalej Konsorcjum Autostrada Wschodnia przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego żądając oddalenia odwołania.

W dniu 20 stycznia 2009 r. Konsorcjum Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. z siedzibą w Katowicach, Autostrade Per l'Italia S.p.A (Włochy), zwane dalej Konsorcjum Stalexport przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego żądając oddalenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowienia ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2008 r. pod nr 2008/S 184-242679 oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy oraz dopuszczone na rozprawie dowody, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.z 2007 r. Nr 223, poz.1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 10) oraz art.24 ust.2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum Autostrada Wschodnia i Konsorcjum Stalexport, interes prawny odwołującego może doznać uszczerbku poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców podlegających wykluczeniu.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie podtrzymał jedynie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 10) oraz art.24 ust.2 pkt 3 ustawy odnośnie niespełnienia przez Konsorcjum Autostrada Wschodnia oraz Konsorcjum

Stalexport warunkowo wykazania się doświadczeniem osób wskazanych przez konsorcja jako Dyrektorów Kontraktu – Pana Dietera G. oraz Pana Piercarlo M., Izba ograniczyła się do zbadania przedmiotowych zarzutów.

Zgodnie z pkt III. 2.1) 2. Ogłoszenia we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca był zobowiązany do przedstawienia kandydatów na stanowisko Dyrektora Kontraktu- Przedstawiciela Wykonawcy o wykształceniu wyższym technicznym lub studiach wyższych zagranicznych uznanych w Polsce za równoważne. Zamawiający wymagał, aby osoba taka posiadała minimum 8 lat doświadczenia w kierowaniu podobnymi kontraktami jak określone w pkt III.2.3 b ppkt a tj. dotyczącymi obiektów inżynierii komunikacyjnej (np. droga, most, tunel, lotnisko), przy co najmniej jednym systemie poboru opłat o wartości umowy nie niższej niż równowartość 20 mln PLN, posiadającego min. 10 stanowisk poboru opłat z możliwością ręcznego poboru, z systemem łączności zapewniającym współpracę pomiędzy urządzeniami stanowisk poboru opłat a urządzeniami Centrum zarządzania systemem.

Zgodnie z pkt III.2.3) 1) Ogłoszenia Zamawiający wymagał, aby informacja o osobach, które będą kierować wykonaniem zamówienia, zawierała dane na temat kwalifikacji tych osób potwierdzające spełnienie warunków o których mowa w pkt III. 2.1) 2. Ogłoszenia. Informacja o doświadczeniu miała być podana w rozbiciu na poszczególne usługi lub roboty, w ramach których dana osoba zdobywała kwalifikacje.

W piśmie z dnia 24 listopada 2008 r. Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Autostradę Wschodnią do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie potencjałem kadrowym poprzez wykazanie co najmniej 8 - letniego doświadczenia zawodowego Pana Dietera G. w kierowaniu kontraktami polegającymi na wykonaniu systemu poboru opłat, o wartości umowy nie niższej niż 20 mln PLN, posiadającego min. 10 stanowisk poboru opłat z możliwością ręcznego poboru, a urządzeniami centrum zarządzania systemem lub poprzez wskazanie innej osoby na to stanowisko spełniającej wymagane kryteria.

W dniu 02.12.2008 r. Konsorcjum Autostrada Wschodnia wskazało, że wycofuje kandydaturę Pana Rui Fernando G. P. na stanowisko Dyrektora Kontraktu pozostając przy kandydaturze Pana Dietera G.

Pan Dieter G. w dniu 27 listopada 2007 r. złożył oświadczenie, w którym potwierdził, iż posiada 9 - letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu kontraktami polegającymi na wykonaniu systemu poboru opłat o wartości umowy ponad równowartość 20 mln PLN,

posiadającego ponad 10 stanowisk poboru opłat z możliwością ręcznego poboru, z systemem łączności zapewniającym współpracę pomiędzy urządzeniami stanowisk poboru opłat a urządzeniami centrum zarządzania systemem. W oświadczeniu tym wskazał, iż doświadczenie to zdobył przy realizacji projektu dla DSRC Trias Londyn o wartości projektu ok.3,7 mln euro, Systemu Poboru Opłat w Austrii o wartości projektu ponad 200 mln euro oraz podczas 7-letniej pracy w Siemensie AG jako kierownik projektów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający, przy ocenie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia reprezentowanych przez Konsorcjum Autostrada Wschodnia sp. z o.o., naruszył art.7 ust.1 , art.24 ust.1 pkt 10, art.24 ust.2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców z uwagi na niespełnienie warunków postawionych wobec Dyrektora Kontraktu w pkt III. 2.1) 2. oraz pkt III.2.3) 1 i 2 Ogłoszenia sporządzonego przez Zamawiającego.

Z informacji o kwalifikacjach wskazanych osób dołączonej do wniosku nie wynika, iż pan Dieter G. posiada 8 - letnie doświadczenie w kierowaniu podobnymi kontraktami. Na podstawie złożonego oświadczenia oraz informacji nt. kwalifikacji znajdującej się na stronach 208-209 wniosku można uznać, iż posiada on 6-letnie doświadczenie przy kierowaniu kontraktem Narodowego Systemu Poboru Opłat w Czechach od 2002 roku do 2008, które wbrew twierdzeniu Zamawiającego nie podlega zsumowaniu z doświadczeniem jakie nabył w okresie 2002 -2004 r. (a więc w tym samym okresie) przy projekcie Systemu Poboru Opłat w Austrii.

W ocenie Izby Zamawiający nie mógł także zaliczyć do spełniania warunku 8 - letniego doświadczenia 7 lat pracy w Siemens AG, gdyż w oświadczeniu z dnia 27 listopada 2008 r., ani też w informacji nt. kwalifikacji znajdującej się na stronie 308-309 wniosku, nie było opisu projektów potwierdzających doświadczenie tej osoby zgodnie z warunkami określonymi pkt III. 2.1) 2. oraz pkt III.2.3) 1 i 2 Ogłoszenia.

Zamawiający bowiem wyraźnie wymagał, aby informacja o doświadczeniu była podana w rozbiciu na poszczególne usługi lub roboty, w ramach których dana osoba zdobywała swe kwalifikacje. W ocenie Izby nie sposób uznać za "rozbicie na poszczególne usługi lub roboty" lakonicznego określenia 7- letniej pracy w Siemens AG Pana Dietera G. jako kierownika projektów, brak bowiem jest informacji o tym jakie były to projekty i jakiej wartości.

W ocenie Izby Konsorcjum reprezentowane przez Autostradę Wschodnią sp.o.o. nie potwierdziło, że dysponuje osobą, która spełnia wymagania Zamawiającego na stanowisko Dyrektora Kontraktu.

Izba uznała jako spóźniony i nie mający znaczenia dla oceny przez Izbę dowód w postaci świadectwa wystawionego przez Siemens dotyczącego Pana Dietera G. z czerwca 2000 r. odnośnie spełniania warunku postawionego w ogłoszeniu przez osobę wskazaną na Dyrektora Kontraktu. Dowód ten został złożony przy piśmie z dnia 22 stycznia 2009 r. złożonym na rozprawie przez pełnomocnika Marcina K. Konsorcjum Autostrada Wschodnia sp.zo.o., Kapach TrafficCom AG, MSF-MONIZ Da Maia Serra \$ Fortunatto – EMPRETEIROS S.A. Portugalia. Konsorcjum powinno bowiem zadbać o spełnienie postawionych wymagań odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na Dyrektora kontraktu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 listopada 2008 r. tj. do 2 grudnia 2008 r. powinno złożyć uzupełniony wykaz potwierdzający spełnianie warunków postawionych w ogłoszeniu.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wezwał do uzupełnienia Konsorcjum reprezentowane przez Autostradę Wschodnią sp.o.o. odnośnie doświadczenia Pana Dietera G., zaś złożone oświadczenie w kontekście wymagań ogłoszenia i złożonych informacji na stronie 308-309 wniosku nie potwierdziło warunku udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1 , art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy jest traktowane jako czynność jednokrotna, niepowtarzalna. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2008 r. sygn. Akt V CA 806/06 przepis ten ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany, gdyż wielokrotne skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości przedłużania terminu uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może wykluczeniem z przetargu, może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców tj. art.7 ustawy.

Oдноśnie zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Dyrektora Kontraktu wskazanego przez Konsorcjum Stalexport Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny wniosku złożonego przez to konsorcjum.

W piśmie z dnia 24 listopada 2008 r. skierowanym do Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. z siedzibą w Katowicach i Autostrade per l'Italia S.p.A. w Rzymie Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie potencjałem kadrowym poprzez wykazanie, że Pan Sergio B. przewidziany na stanowisko Dyrektora Kontraktu posiada co najmniej 8 lat

doświadczenia zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu lub wskazanie innej osoby na to stanowisko spełniającej kryteria wskazane w ogłoszeniu.

W odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 2 grudnia 2008 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. z siedzibą w Katowicach i Autostrade per l'Italia S.p.A. z Rzymu wskazali innego kandydata na stanowisko Dyrektora Kontraktu tj. Pana Piercarlo M. załączając informacje nt. jego kwalifikacji w załączniku nr 1 „ Informacja o kwalifikacjach osób wskazanych w formularzu Potencjał kadrowy”.

Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionuje doświadczenia Pan Piercarlo M. w kierowaniu kontraktami podobnymi. Z załącznika nr 1 wynika, iż w latach 1993 -2000 był odpowiedzialny za zarządzanie wszystkimi aspektami przygotowania, wykonania, eksploatacji i utrzymania Północnej Drogi Odciażającej Birmingham, w tym wykonanie prac projektowych i przeprowadzenie procedur formalno-prawnych związanych z zatwierdzeniem projektów wykonanie prac projektowych i przeprowadzenie procedur formalno-prawnych związanych z zatwierdzeniem projektów oraz selekcją i koordynacją poddostawców systemów autostradowych obejmujących infrastrukturę poboru opłat, na który składały się 2 place Poboru Opłat na ciągu głównym oraz 5 Stacji Poboru Opłat (w tym stanowiska ręcznego poboru), centrum zarządzania autostradą, wraz z obwodem Utrzymania Autostrady oraz systemami łączności alarmowej i monitorowania ruchu. Z opisu tego wynika, że Pan Piercarlo M. między innymi był odpowiedzialny za budowę systemu poboru opłat na autostradzie M6.

Z podanych przez Konsorcjum Stalexport informacji wynika również, że w latach 2001 -2003 Pan Piercarlo M. był dyrektorem ds. eksploatacji i utrzymania Midland Expressway Ltd. odpowiedzialnym zgodnie z opisem przedstawionym w kolumnie "Opis zadań potwierdzających spełnienie wymogów", za organizację eksploatacji i utrzymania w tym wykonanie i uruchomienie, a następnie eksploatację systemów autostradowych obejmujących infrastrukturę poboru opłat, na który składały się 2 place Poboru Opłat na ciągu głównym oraz 5 Stacji Poboru Opłat (w tym stanowiska ręcznego poboru), centrum zarządzania autostradą, wraz z obwodem Utrzymania Autostrady oraz systemami łączności alarmowej i monitorowania ruchu.

Załącznik nr 1, „ Informacja o kwalifikacjach osób wskazanych w formularzu Potencjał kadrowy” do pisma z dnia 2 grudnia przedłożony przez Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. z siedzibą w Katowicach i Autostrade per l'Italia S.p.A. z Rzymu nie zawiera jednak informacji nt. wartości wskazanych projektów. W ocenie Izby nie można więc było na jego

podstawie uznać, iż Pan Piercarlo M. posiada 8-letnie doświadczenie w kierowaniu kontraktami polegającymi na wykonaniu systemu poboru opłat, o wartości umowy nie niższej niż równowartość 20 mln PLN, a więc spełnia warunki wskazane w pkt III. 2.1) 2. oraz pkt III.2.3) 1 i 2 Ogłoszenia.

W ocenie Krajowej Izby samodzielne szacowanie przez Zamawiającego wartości kontraktów na podstawie zakresu prac czy też opisu zadania jest nieuprawnione.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający dokonując ponownego badania wniosku Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. z siedzibą w Katowicach i Autostrade per l'Italia S.p.A odnośnie spełnienia przez Pana Piercarlo M. 8-letnie doświadczenia w kierowaniu kontraktami polegającymi na wykonaniu systemu poboru opłat, o wartości umowy nie niższej niż równowartość 20 mln PLN, powinien wezwać tego wykonawcę w trybie art.26 ust.4 ustawy do wyjaśnienia jaką wartość miały kontrakty wskazane w Załączniku nr 1 „Informacja o kwalifikacjach osób wskazanych w formularzu Potencjał kadrowy” w celu oceny, czy Pan M. kierował kontraktami polegającymi na wykonaniu systemu poboru opłat, o wartości umowy nie niższej niż równowartość 20 mln PLN.

W związku z powyższym w związku z potwierdzeniem się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 10) oraz art.24 ust.2 pkt 3 ustawy przy dokonaniu badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 i 191a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1615, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie .

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*