

WYROK
z dnia 6 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2017 roku przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **TORPOL S.A (Lider, pełnomocnik) oraz BUDIMEX S.A (Partner) z siedzibą dla Lidera w Poznaniu,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez z tytułu odwoławczego Przystępującego wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie, Warszawa-Praga.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

W dniu 17 lutego 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm. - dalej: „Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **TORPOL S.A (Lider, pełnomocnik) oraz BUDIMEX S.A (Partner) z siedzibą dla Lidera w Poznaniu,** zwani dalej „Odwołującym”.

Postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą: *„Wykonanie robót budowlanych na odcinku Sadowne - Czyżew wraz z urządzeniami srk od km 71,800 do km 107,260 w ramach projektu CEF dla linii E 75 obejmujący odcinek Sadowne - Czyżew”* prowadzi Zamawiający: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie.**

Ogłoszenie o zamówieniu numer 2015/S 248-450733 opublikowane zostało w dniu 23 grudnia 2015 roku.

Odwołanie wniesiono wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na naruszeniu przepisów Pzp oraz zaniechaniu czynności, do których był on zobowiązany zgodnie z Pzp tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 7 lutego 2017 roku, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ w zakresie braku wskazania przez Wykonawcę jakie faktycznie części zamówienia chce powierzyć podwykonawcy, natomiast sam wykonawca INTERCOR Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia Pana B. S., że w okresie 01.2008 do 02.2009 pełnił funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych w ramach postępowania pn. Modernizacja linii kolejowej E-30 na odcinku Węgliniec - Zgorzelec - Węgliniec - Bielawa Dolna Stacja Zgorzelec, a informacja ta miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tym samym Zamawiający dopuścił się niezasadnego wyboru oferty wykonawcy INTERCOR sp. z o.o. i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucono:

1) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy INTERCOR sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie zastosował się do wymogu określonego w Rozdziale 21 SIWZ [PODWYKONAWSTWO] (Instrukcji dla Wykonawców, dalej: IDW), co skutkowało powinno jej odrzuceniem jako nieodpowiadającej treści SIWZ, a co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3

2) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 Pzp art. 24 ust. 2 pkt. 3) Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy INTERCOR sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, strona 198 i 199, złożył nieprawdziwą informację w zakresie doświadczenia Pana B. S., która miała wpływ na wynik postępowania, a co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy INTERCOR sp. z o.o.;
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji:
 - a) wykluczenia wykonawcy INTERCOR sp. z o.o.;
 - b) odrzucenia oferty wykonawcy INTERCOR sp. z o.o.;
 - c) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone w dniu 17.02.2017 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 16.02.2017 roku z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Pzp. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, a jego uwzględnienie przez Izbę pociągnie za sobą skutek zobowiązania Zamawiającego do naprawy czynności dokonanej wbrew przepisom Pzp, co tym samym da Odwołującemu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oraz ponownego dokonania czynności przez Zamawiającego, oferta Odwołującego może zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert, a tym samym Odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie.

Zarzut 1.

Zamawiający w punkcie 21 IDW wskazał:

21. **PODWYKONAWSTWO**

21.1.

Dopuszcza się wprowadzenie Podwykonawców do realizacji Zamówienia. Zamawiający zastrzega jednocześnie, że warunkiem wprowadzenia Podwykonawców na roboty z zakresu wykonania nawierzchni torowej jest wskazanie takiego Podwykonawcy; który będzie je

realizował sprzętem wysokowydajnościowym do potokowej wymiany nawierzchni tj.: - kombajn torowy do potokowej wymiany nawierzchni z wagonami do przewozu podkładów i złącz. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w swojej ofercie, w dokumencie wypełnionym

4

i sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Zamawiający dopuszcza powierzenie pozostałych części Zamówienia podwykonawcom.

Wykonawca zobowiązany jest wskazać w swojej ofercie, w dokumencie wypełnionym

i sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

21.2. Wykonawca nie jest zobowiązany do składania dokumentu, o którym mowa w pkt 21.1

IDW. Niezłożenie dokumentu wypełnionego i sporządzonego na podstawie wzoru

stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW, jest rozumiane przez Zamawiającego jako zgoda

Wykonawcy na wykonanie całego przedmiotu Zamówienia samodzielnie, bez powierzenia

części Zamówienia podwykonawcom.

Do IDW Zamawiający załączył dokument - Załącznik nr 3 [WYKAZ PRAC PRZEZNACZONYCH DO PODWYKONANIA], który każdy wykonawca miał wypełnić i sporządzić zgodnie z rozdziałem 21 IDW, w przypadku w którym wykonanie części Zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. W załączniku nr 3 do IDW Zamawiający poczynił uwagę, według której do tabeli należało wpisać konkretne numery porządkowe z Rozbicia Ceny Ofertowej albo konkretne numery pozycji PFU.

Wobec takiego brzmienia treści tomu 20 IDW oraz brzmienia Załącznika nr 3, każdy wykonawca który zamierza zlecić części Zamówienia podwykonawcy, musiał wskazać konkretne numery porządkowe z Rozbicia Ceny Ofertowej albo konkretne numery pozycji PFU.

Wykonawca INTERCOR sp. z o.o. załączył do oferty Załącznik nr 3, w którym w ramach części A, w pkt. 6 wykazu wykonawca wskazał, że cyt. „Wymagania Ogólne - częściowo przeznaczone do podwykonania”.

Natomiast należy zwrócić uwagę, że Przedmiar Robot „Wymagania ogólne” składa się z wielu pozycji (czynności) takich jak:

- projekty powykonawcze,
- wykonanie 2 kompletów zdjęć ilustrujących realizację,
- badań materiałów z rozbiórki,
- koszty utylizacji i zagospodarowania odpadów,
- wykonanie i ustawienie tablic informacyjnych UE,
- tablice pamiątkowe,
- geodezyjna dokumentacja powykonawcza,
- utrwalenie w terenie znaków km i hm i regulacji osi torów,
- wytyczenie lub odtworzenie granic nieruchomości.

Odwołujący podkreślił, że każdy Wykonawca miał obowiązek określić konkretne pozycje (czynności) Przedmiaru Robót czy RCO w zależności od części zamówienia (i tak

5

dla części zamówienia A - pozycje i konkretne czynności z Przedmiaru Robót, natomiast dla części zamówienia B - pozycje i konkretne czynności z RCO).

Tym samym wykonawca INTERCOR sp. z o.o. nie wskazał jakie faktycznie części zamówienia w zakresie pozycji (czynności) Wymagań Ogólnych Przedmiaru Robót chce powierzyć podwykonawcy. W treści oferty znajduje się jedynie lakoniczne stwierdzenie „częściowo przeznaczone do podwykonania”. Takie stwierdzenie pozostawia ofertę niedookreśloną co do zakresu prac, które wykonawca zamierza podzlecić, a tym samym czyni tę ofertę niezgodną z treścią SIWZ, a co więcej nieporównywalną z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Nadto, wykonawca INTERCOR sp. z o.o., pomimo wyraźnego zobowiązania wynikającego z treści IDW i Załącznika nr 3, w pozycjach (częściach) dotyczących zamówienia A, nie wpisał numerów porządkowych Przedmiaru Robót, co również czyni jego ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

Jednocześnie na uwagę zasługuje, że w odniesieniu do analizowanej oferty nie znajdzie zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp pozwalający Zamawiającemu domagać się od

wykonawców złożenia wyjaśnień w zakresie treści ofert. Jakakolwiek bowiem próba wykazania zgodności treści oferty wykonawcy INTERCOR sp. z o.o. z wymaganiami Zamawiającego określonymi w IDW skutkować musiałaby niedozwoloną modyfikacją oferty. Analogiczna sytuacja była już przedmiotem rozważań Izby w postępowaniu o sygn. akt. KIO 1957/16. W złożonej ofercie odwołujący oświadczył, że zrealizuje przedmiot zamówienia przy współudziale podwykonawcy, ale w załączniku nr 13 do SIWZ nie opisał części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca. Według zapatrywania Izby w rozpoznawanej sprawie zachodziła sprzeczność pomiędzy treścią złożonego przez odwołującego oświadczenia woli zawartego na stronie 173 oferty, a treścią powyższego Rozdziału SIWZ i załącznika nr 13 do SIWZ polegająca na tym, że Odwołujący nie podał w swojej ofercie opisu części zamówienia, jaką zrealizuje podwykonawca, a także nie podał udziału procentowego w wartości zamówienia. Izba przyjęła tu, że brak podania w ofercie udziału procentowego w wartości zamówienia pomimo wyraźnego wymagania SIWZ w tym zakresie, decyduje o konieczności zakwalifikowania takiego braku, jako oświadczenia woli nie zawierającego elementu koniecznego i istotnego do przyjęcia takiej oferty. Izba przyjęła również, że wykaz części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom ma charakter istotnego oświadczenia woli odnoszącego się do realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie miał podstaw prawnych do uzupełnienia swojej oferty poprzez złożenie nowego oświadczenia woli w załączniku nr 13. Dalej Izba wskazała, że stosownie do przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, natomiast niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym

6

a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Reasumując Odwołujący zauważył, że dokument jakim jest Załącznik nr 3 do oferty, nie podlega uzupełnieniu, a złożony przez wykonawcę INTERCOR sp. z o.o. Załącznik nr 3 do oferty nie został wypełniony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co kwalifikuje go jako niezgodny z treścią SIWZ, a finalnie tak złożona oferta podlega odrzuceniu.

Zarzut 2.

Odwołujący wskazał również, że wybrany przez Zamawiającego w ramach postępowania Wykonawca INTERCOR sp. z o.o. podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt. 3) Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jak wynika z analizy złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, strona 198 i 199, Wykonawca celem wykazania się osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazał kierownika robót z uprawnieniami bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnych Pana B. S. Wykonawca zaznaczył przy tym, że pełnił on w okresie 01.2008 do 02.2009 funkcję kierownika robót w ramach postępowania pn. Modernizacja linii kolejowej E-30 na odcinku Węglińiec - Zgorzelec - Węglińiec - Bielawa Dolna Stacja Zgorzelec. Informacja złożona przez Wykonawcę jest nieprawdziwa, a w tym zakresie Odwołujący zaznaczył, że wykonawcą przedmiotowego zadania inwestycyjnego był Odwołujący TORPOL S.A. W tamtym czasie kierownikiem robót w specjalności telekomunikacyjnej na tym zadaniu inwestycyjnym był Pan W. I., pracujący wtedy dla firmy ELMONT Kostrzyn Wlkp. sp. z o.o. (ówczesny podwykonawca TORPOL S.A.). Na dowód powyższego przedłożono kopię Protokołu odbioru nr 23/Zg/E30/01/2009 z dnia 21.01.2009 roku.

Tym samym, wszelkie czynności przewidziane art. 22 i 23 ustawy Prawo budowlane (kierowanie robotami) w specjalności telekomunikacyjnej na zadaniu wskazanym w treści wniosku wykonawcy INTERCOR sp. z o.o. wykonywał Pan W. I. (kierownik robót telekomunikacyjnych), a nie jak wynika z oświadczenia Wykonawcy Pan B. S.

Informacja podana w treści wniosku nie jest prawdziwa, zatem w tym stanie faktyczno - prawnym, uzasadnionym jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy INTERCOR sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania.

W takim stanie rzeczy Odwołujący wnosił jak w petitum i uzasadnieniu odwołania, nadto żądając uwzględnienia odwołania i zasądzenia kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień udzielanych przez wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, materiałów złożonych na posiedzeniu i rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania, zaprezentowanych pisemnie i w toku posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie niezgodności treści wybranej oferty z treścią SIWZ.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że:

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu**. Przystąpienie Izba uznała za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 3 marca 2017 roku, Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w całości.

Na posiedzeniu Przystępujący oświadczył, że korzystał będzie z prawa do złożenia sprzeciwu. Przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym wnosił o częściowe odrzucenie odwołania w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji, ponieważ zarzut ten należy uznać za spóźniony, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w dniu 14 lutego 2017 roku, po ogłoszeniu wyników postępowania wybrany wykonawca Intercor został przez Zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie osoby pana B. S. wskazanego we wniosku Przystępującego.

W dniu 15 lutego 2017 roku Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia: pan W. I. jak wskazuje protokół załączony do pisma Torpol był przedstawicielem podwykonawcy ELMONT Kostrzyn Wlkp. na wymienionej inwestycji. Nie wyklucza to w żadnej mierze okoliczności, że pan B. S. był zatrudniony na kontrakcie nr 6 na stanowisku kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Osoba ta została Przystępującemu udostępniona jako potencjał własny przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Elektro-Tel-Bud R. M., który przekazał życiorys wymienionej osoby i opis jego doświadczenia zawodowego. Przystępujący nie miał podstaw przypuszczać, że informacje przekazane są nieprawdziwe i wprowadzały w błąd Przystępującego, jak również Zamawiającego.

Sama okoliczność podpisania protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji robót inwestycyjnych w branży teletechnicznej przez Pana I. jako przedstawiciela podwykonawcy nie oznacza automatycznie, że Pan B. S. nie sprawował na danym Kontrakcie stanowiska kierownika robót. Ani przepis ustawy Prawo budowlane, ani inne przepisy prawa nie ograniczają możliwości powołania jednego, dwóch lub więcej kierowników robót. Inaczej jest z kierownikiem budowy. Przedstawiony protokół nie wskazuje w sposób jednoznaczny, że Pan I. był jedynym kierownikiem robót i że żadna inna osoba

takiego stanowiska nie sprawowała. Wskazano, że w wymienionym we wniosku okresie Pan B. S. był zatrudniony przez Pana I. jako koordynator robót teletechnicznych. Jednocześnie podkreślono, że w czasie wyznaczonym przez Zamawiającego Przystępujący nie jest w stanie uzyskać dokumentów potwierdzających doświadczenie Pana S. Dokumentów takich wykonawca nie musiał gromadzić na potrzeby ubiegania się o zamówienie, nie był na wymienionym zadaniu wykonawcą, ani podwykonawcą i nie posiada dokumentów źródłowych dla danej inwestycji. Nie jest ich także w stanie uzyskać w tak krótkim czasie. Zwrócono także uwagę, że wykonawca, od którego pochodzą przedmiotowe informacje jest uprawniony do wniesienia odwołania do KIO.

W dniu 17 lutego 2017 roku Przystępujący złożył dalsze wyjaśnienia i uzupełniającą argumentację prawną. Zaznaczono, że Pan S. został wskazany na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych także przez czterech innych wykonawców biorących udział w postępowaniu przy wykazaniu tożsamego doświadczenia zawodowego tej osoby. Dalece zatem nieprawdopodobne wydają się twierdzenia, że aż 5 wykonawców w postępowaniu Zamawiającego mogło złożyć nieprawdziwe informacje i podlegać z tego powodu

9

wykluczeniu. Zdaniem Przystępującego wykonawca Torpol dąży do wyeliminowania pozostałych wykonawców z postępowania.

Jeżeli Zamawiający zamierza unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i podjąć próbę wyjaśnienia doświadczenia Pana S., to na tej samej zasadzie konsorcjum Torpol winno udowodnić doświadczenie osób wskazanych we wniosku na odpowiednie stanowiska dla 10 osób. Jeżeli bowiem Zamawiający żądałby od Przystępującego udokumentowania doświadczenia Pana S., do czego nie uprawnia go ustawy Pzp, to winien takiego udokumentowania zażądać tego od Odwołującego.

Przystępujący zwrócił uwagę, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że Pan I. nie posiada uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń (informację można uzyskać bezpośrednio od Izby samorządu zawodowego), więc prawdopodobne jest, że nie był uprawniony do kierowania robotami na wymienionym zadaniu inwestycyjnym, co było podstawą do powierzenia Panu S. stanowiska w zakresie robót teletechnicznych. Z informacji przekazanych przez Torpol nie wynika w jakim okresie Pan I. pełnił funkcję przedstawiciela podwykonawcy. Wykazano jedynie, że w określonej dacie podpisał protokół odbioru, natomiast nie wykazano okresu sprawowania funkcji.

Przystępujący zauważył także, że Pan S. posiada inne doświadczenie wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący w załączeniu do wyjaśnień przekazał tabelę z życiorysem zawodowym wskazywanej osoby. Co warto podkreślić Pan S. konsekwentnie wpisuje doświadczenie na inwestycji kwestionowanej przez Odwołującego.

Załączona tabela z doświadczeniem zawodowym jest w zupełności wystarczająca do wykazania przez Przystępującego warunku udziału. Nawet gdyby potencjalnie okazało się, że przekazane przez Odwołującego informacje potwierdzają niewykazanie warunku, to nadal Przystępujący legitymuje się innym doświadczeniem. Dodatkowo podkreślono, że w tym zakresie Zamawiający nie stosował art. 26 ust. 3 ustawy Pz w odniesieniu do wniosku Przystępującego.

Ustalono, że w treści załącznika nr 3 do SMZ Zamawiający wymagał wskazania części, które powierzone będą podwykonawcom. W tabeli należało wpisać konkretne numery porządkowe z Rozbicia Ceny Ofertowej albo konkretne numery pozycji PFU.

W ofercie Przystępującego w części A, opisanej za pomocą przedmiarów robót, wskazał on w pozycji „Wymagania Ogólne – częściowo przeznaczone do podwykonania”.

10

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Skład orzekający Izby uznał zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji we wniosku Przystępującego za spóźniony i nie podlegający rozpoznaniu na podstawie art. 189

ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu 5 sierpnia 2016 roku. Wówczas uznano, że zarówno Odwołujący, jak też Przystępujący warunki te spełniają. W terminie 10 dni od daty zawiadomienia o ocenie do Izby wpłynęły dwa odwołania, które zakończyły się wydaniem wyroku o sygn. akt KIO 1523/16 i KIO 1530/16. Zamawiający w dniu 6 września 2016 roku, wykonując wyrok Izby dokonał ponownej oceny wniosków i przedstawił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wynikach prekwalfikacji. Również wówczas spełnianie warunku udziału przez Przystępującego nie zostało podważone.

Zgodnie z zasadą ogólną, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Z powyższych względów uznano, że zakwestionowanie wyników oceny wniosków po przedstawieniu przez Zamawiającego wyników II etapu postępowania – oceny ofert – należało uznać za spóźnione. Co znamienne w rozpoznawanym stanie faktycznym, to Odwołujący był wykonawcą inwestycji, w ramach której kwestionuje obecnie doświadczenie zawodowe jednej z osób wymienionej we wniosku Przystępującego. Informacje, iż Odwołujący powziął wiadomości o zaistniałym stanie faktycznym dopiero w dniu 13 lutego 2017 roku przy przenoszeniu archiwum firmy należy uznać za niewiarygodną. W toku przedmiotowego postępowania odwoławczego przed Izbą Odwołujący wielokrotnie odwoływał się do podwyższonych standardów profesjonalizmu wymaganych od podmiotów zawodowo działających w danej branży. Tymczasem sam nie wykazał się należyłą starannością i profesjonalizmem przy sprawdzaniu poprawności wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu swoich konkurentów. Jeżeli Odwołujący był głównym wykonawcą na inwestycji, nic nie stało na przeszkodzie, aby w prosty sposób zweryfikować skład osobowy odpowiedzialny z ramienia wykonawcy z realizacją kontraktu przez sprawdzenie dokumentów źródłowych, nawet jeżeli realizacja kontraktu miała miejsce 8 lat temu. Podnoszenie więc zarzutów związanych ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu przez innych wykonawców przeszło 5 miesięcy później, po zakończeniu następnego etapu postępowania należy uznać za nieuprawnione. Dostrzeżenia wymaga, iż w postępowaniach dwuetapowych o wyniku każdego z etapów Zamawiający informuje wykonawców odrębnie.

11

Każda więc z takich czynności stanowi samodzielną podstawę do korzystania ze środków ochrony prawnej. Z tych względów Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania.

Jednocześnie, na marginesie Izba zauważa, iż ograniczeń terminowych w weryfikacji wniosków i ofert nie posiada Zamawiający. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, zobowiązany jest on do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Jeżeli więc Zamawiający jest w posiadaniu informacji, z których wynika, iż treść wniosku lub oferty określonego wykonawcy nie odpowiada stanowi rzeczywistości, Zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny takich informacji, niezależnie od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, to zarzut ten nie potwierdził się.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Przechodząc do analizy zarzutu, Zamawiający wskazał w SIWZ, że wymaga podania przez wykonawców części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom. Z treści załącznika nr 3 wynika, że w takiej sytuacji wykonawcy winni wskazać numery porządkowe Rozbicia Ceny Ofertowej lub konkretne numery pozycji PFU. Z dokumentacji postępowania wynika, iż za pomocą PFU i RCO opis przedmiotu zamówienia dotyczy części B zamówienia. Część A zamówienia realizowana jest w formule „buduj” i opisu przedmiotu zamówienia dokonano za pomocą przedmiarów robót. Zatem przy

określaniu części zamówienia przeznaczonych do podwykonania w części A zamówienia niemożliwe było odniesienie się do konkretnych numerów pozycji PFU lub pozycji RCO, ponieważ takowe nie istniały. Dostrzeżenia także wymaga, że to Odwołujący zmienił treść załącznika nr 3 i we własnym formularzu ofertowym zaznaczył, że należy odnieść się do pozycji PFU lub przedmiarów robót. Specyfikacja takiego wymogu nie zawierała.

Sposób opisanie, wskazania części przeznaczonych do podwykonania w części A zamówienia w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu przyjął różne formy. SIWZ nie określała poziomu szczegółowości, którą powinni przyjąć wykonawcy, dlatego też każdy z tych sposobów Izba uznała za prawidłowy. Specyfikacja z pewnością jednak nie nakazywała, aby w załączniku nr 3 wykonawcy wskazywali poszczególne pozycje przedmiarów robót. Izba uznała, iż określenie części dla podwykonania w sposób

12

„Wymagania Ogólne – w części przeznaczone do podwykonania” odpowiada potrzebom Zamawiającego. Deklaracja Przystępującego z oferty nie jest sprzeczna z SIWZ. Takie oznaczenie nie wyłącza także solidarnej odpowiedzialności Wykonawcy za prace wykonywane przez podwykonawców i zabezpiecza interesy Zamawiającego na etapie realizacji kontraktu. Możliwe jest wskazanie przy podpisaniu umowy, które i komu elementy Wymagań ogólnych zostaną powierzone do podwykonania.

Konkludując, Odwołujący nie wykazał w jakim zakresie oferta Przystępującego oferuje wykonanie zamówienia niezgodnie z wymogami Zamawiającego.

Reasumując, z tych powodów odwołanie w zakresie rozpoznawanym podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

13

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty zastępstwa procesowego postępowania Stronie Przystępującej.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

14