

WYROK
z dnia 15 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2015 r. przez Odwołującego – Ernst & Young sp. z o.o. Business Advisory sp. k. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Poznań, przy udziale wykonawcy KPMG Advisory sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Miasto Poznań (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Audyt funkcjonowania Miasta Poznania” (znak sprawy: ZOU-XII.271.69.2015.HS1), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 139-256829.

W dniu 22 września 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wykluczeniu wykonawcy Ernst & Young sp. z o.o. Business Advisory sp. k. z siedzibą w Warszawie i wyborze oferty złożonej przez KPMG Advisory sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca KPMG”).

W dniu 2 października 2015 r. wykluczony z Postępowania wykonawca (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie badania i merytorycznej oceny złożonej przez niego oferty,
2. zaniechanie unieważnienia Postępowania,
3. nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z Postępowania,
4. udzielenie zgody na uznanie wykazu osób oraz zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasobach polega Wykonawca KPMG jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
5. wybór oferty Wykonawcy KPMG jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie, które skutkowało uznaniem, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, wskutek czego został bezpodstawnie wykluczony, a jego oferta nie została merytorycznie oceniona,
2. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Pzp przez ich niewłaściwe

- zastosowanie w sprawie polegające na uznaniu za zasadne zastrzeżenia przez Wykonawcę KPMG wykazu osób oraz zobowiązań osób trzecich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co naruszyło zasadę jawności Postępowania, zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców,
3. art. 91 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez wybranie oferty Wykonawcy KPMG w sytuacji, gdy jako oferta najkorzystniejsza powinna była zostać wybrana oferta Odwołującego

2

- się, ponieważ cena jego oferty (725.700,00 zł) była zdecydowanie niższa niż cena wybranej oferty (1.090.000,00 zł), a liczba miast wybranych do analizy porównawczej przez Odwołującego (12 miast) była dwukrotnie większa niż liczba miast zaproponowanych do porównania w ofercie Wykonawcy KPMG (6 miast), a w konsekwencji oferta Odwołującego uzyskaby więcej punktów niż oferta Wykonawcy KPMG i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza,
4. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy cena wybranej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Biuro Audytu Wewnętrznego i Kontroli nie wyraziło zgody na jej zwiększenie (brak takiej zgody w aktach Postępowania).
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. unieważnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
 3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego,
 4. dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący alternatywnie wniósł o unieważnienie Postępowania ze względu na brak zgody Biura Audytu Wewnętrznego i Kontroli na zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podał, że jego oferta została przygotowana z najwyższą starannością i odpowiada wszystkim wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). Uwzględnienie zarzutów odwołania skutkować będzie unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty, co stworzy mu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W związku z tym, gdyby nie zaniechania Zamawiającego i dokonane przez niego z naruszeniem Pzp czynności, a następnie niezgodne z prawem rozstrzygnięcie Zamawiającego, oferta Odwołującego z dużą dozą prawdopodobieństwa zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Nieuzyskanie przez Odwołującego zamówienia spowoduje wystąpienie szkody w jego majątku, w konsekwencji interes prawny Odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w tej sprawie jest całkowicie bezsprzeczny.

Spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu

Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku określonego w pkt V.3.3 SIWZ, tj. warunku dysponowania 1 osobą, która w okresie ostatnich 5 lat, bezpośrednio kierowała zespołem (pełniła funkcję zastępcy kierownika) wykonującym usługę doradztwa w zakresie finansowym lub prawnym oraz zarządzania procesem inwestycyjnym, przy realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych zadania inwestycyjnego

3

infrastrukturalnego lub pełniła funkcję kierownika projektu (pełniła funkcję zastępcy kierownika) dotyczącego realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego, o wartości min. 50.000.000,00 zł, w całym okresie trwania zadania inwestycyjnego, tj. od momentu inicjowania i planowania (projektowania) zadania inwestycyjnego lub od momentu rozpoczęcia rzeczowej i finansowej realizacji zadania inwestycyjnego do momentu oddania przedmiotu inwestycji do użytkowania.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest całkowicie niezrozumiałe. W wykazie osób stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (załącznik nr 3 do umowy), J.R. był m.in. Inżynierem Rezydentem i Inżynierem Kontraktu dla projektu budowy Północno-Wschodniej Obwodowej miasta Bielsko-Biała, od węzła „Komorowice” do węzła „Mikuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”), a w konsekwencji pełnił funkcję kierownika projektu dotyczącego realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego o wartości min. 50.000.000,00 zł, w całym okresie trwania zadania

inwestycyjnego, tj. od momentu inicjowania i planowania (projektowania) zadania inwestycyjnego lub od momentu rozpoczęcia rzeczowej i finansowej realizacji zadania inwestycyjnego do momentu oddania przedmiotu inwestycji do użytkowania. W obrocie profesjonalnym jest powszechnie wiadome, że osoba będąca równocześnie Inżynierem Rezydentem i Inżynierem Kontraktu jest też jednocześnie kierownikiem projektu i Zamawiający organizując ten przetarg, a także realizując w przeszłości postępowania inwestycyjne infrastrukturalne, powinien być – jak zakładał Odwołujący – taką podstawową wiedzą dysponować.

Na potwierdzenie tych okoliczności Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie złożone przez J.R. (dowód nr 1).

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z przedstawionych przez niego, w dniu 10 września 2015 r., wyjaśnień J.R. spełniał wymogi pkt. V.3.3 SIWZ nie tylko w zakresie sprawowania funkcji kierownika projektu, ale także w pierwszym wymienionym w tym punkcie zakresie, tj. J.R. będąc Inżynierem Rezydentem i Inżynierem Kontraktu dla ww. projektu i Inżynierem Rezydentem dla projektu przebudowy autostrady A4 na odcinku Balice – Opatkowice (wraz z budową obiektów inżynierskich oraz infrastruktury technicznej) bezpośrednio kierował zespołem (nadzoru), wykonującym usługę doradztwa w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym. Odwołujący wykazywał spełnienie tej przesłanki wyłącznie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Skoro bowiem oczywiście równoznaczne jest, że osoba będąca Inżynierem Rezydentem i Inżynierem Kontraktu jest też jednocześnie kierownikiem projektu, Odwołujący zakładał, że wątpliwość Zamawiającego dotyczy spełnienia drugiego z alternatywnych warunków, tj. kierowania zespołem

4

wykonującym usługę doradztwa oraz zarządzania procesem inwestycyjnym przy realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego.

Odwołujący wyjaśnił, że obie inwestycje były realizowane przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – jednostkę sektora finansów publicznych. Natomiast wymienione zadania są zadaniami inwestycyjnymi drogowymi, a co za tym idzie zadaniami inwestycyjnymi infrastrukturalnymi.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego świadczy o tym, że za spełnienie warunków określonych w SIWZ uznawał on jedynie literalne przytoczenie przez wykonawcę postanowień z SIWZ, tym niemniej podejście takie jest błędne. Dla oceny spełniania kryteriów określonych w SIWZ decydujący jest bowiem faktyczny zakres realizowanych przez wykonawcę projektów, a nie dokonany przez niego dobór słów użytych do sformułowania tego zakresu w ofercie, który może odbiegać od postanowień SIWZ. Dodatkowo treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazuje, że Zamawiający *de facto* wymagał spełnienia obu warunków równocześnie (na to też wskazuje wezwanie skierowane do Odwołującego), co nie wynikało z treści SIWZ, w której w pkt V.3.3 w celu udowodnienia spełnienia warunku użyto alternatywny łącznej („lub”), co oznacza, że spełnienie jednego z warunków było wystarczające dla uznania, że spełniony został warunek udziału w Postępowaniu.

W świetle powyższego błędne jest zapatrywanie, jakoby Odwołujący nie dysponował osobą, której doświadczenie obejmuje wymogi określone w pkt. V.3.3 SIWZ, bowiem przedstawiona przez Odwołującego osoba spełniała oba określone w treści warunku wymogi, pomimo iż obowiązek ich spełnienia został zastrzeżony alternatywnie.

Następnie Odwołujący podał, że jedną z podanych przez Zamawiającego przyczyn wykluczenia była okoliczność, że w przypadku zadania inwestycyjnego, którym kierowała K.J. „[...]inwestorem była spółka prawa handlowego (Chorzowsko-Świętochłowickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o.) a nie – jak wymagał Zamawiający w SIWZ – jednostka sektora finansów publicznych, w rozumieniu art. 9 ustawy o finansach publicznych[...]”.

Odwołujący zasygnalizował, że z brzmienia pkt V.3.4 SIWZ nie wynikało ani, że jednostka sektora finansów publicznych powinna była stanowić jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 ustawy o finansach publicznych (dalej: „Ufp”), ani tym bardziej, że taka jednostka powinna była występować w procesie inwestycyjnym w charakterze inwestora. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego warunku wymagane było dysponowanie 1 osobą, która w okresie ostatnich 5 lat bezpośrednio kierowała zespołem (pełniła funkcję zastępcy kierownika) wykonującym usługę doradztwa w zakresie finansowym lub prawnym

oraz zarządzania procesem inwestycyjnym przy realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego lub pełniła funkcję kierownika projektu (pełniła funkcję zastępcy kierownika) dotyczącego realizacji przez jednostkę sektora finansów zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego, w oparciu o metodykę zarządzania projektami PRINCE2 (Projects In Controlled Environments) albo PMI (Projekt Management Institute), w całym okresie trwania projektu, tj. od momentu inicjowania i planowania (projektowania) zadania inwestycyjnego lub od momentu rozpoczęcia rzeczowej i finansowej realizacji zadania do momentu oddania przedmiotu inwestycji do użytkowania.

Zdaniem Odwołującego z samego użytego przez Zamawiającego sformułowania „[...]przy realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych[...]” trudno wywodzić, że jednostka ta ma występować w charakterze bezpośredniego inwestora. Takie uszczegółowienie Zamawiający zastosował dopiero zawiadamiając Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania. W związku z tym, że informacja taka nie pojawiła się wcześniej nie można uznać, aby warunek taki stanowił warunek udziału w Postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach z dnia 10 września 2015 r. wskazał, że w zadaniu inwestycyjnym „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków „Klimzowiec” w Chorzowie” brało udział Chorzowsko-Świętochłowickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. (dalej: „ChŚPWik”) jako Podmiot Odpowiedzialny za Realizację (POZR). Jej jedynym właścicielem był Samorządowy Chorzowsko-Świętochłowicki Związek Wodociągów i Kanalizacji (dalej: „Związek”), utworzony przez gminy Świętochłowice i Chorzów. Zarówno każda z gmin osobno, jak i związek utworzony przez gminy Świętochłowice i Chorzów stanowiły jednostkę sektora finansów publicznych w świetle art. 9 pkt 2 Ufp.

Podkreślił, że jak wynika ze Sprawozdania Nr 2009 Zarządu Samorządowego Chorzowsko-Świętochłowickiego Związku Wodociągów i Kanalizacji z dnia 18 lutego 2010 r. w sprawie wykonania Planu Finansowego Samorządowego Chorzowsko-Świętochłowickiego Związku Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Chorzowie na dzień 31 grudnia 2009 r. (Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2010 r., Nr 147, poz. 2416), które załączył do odwołania (dowód nr 2), cyt.: „[...]w ramach Planu wydatków określono wydatki inwestycyjne na współfinansowanie realizacji Projektu Funduszu Spójności nr 2003/PL/16/P/PE/044 pn. „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Chorzowie-Świętochłowicach” [którego jednym z była „Klimzowiec” – etapów modernizacja oczyszczalni ścieków przyp. Odwołującego się] (...) w wysokości 3 115 684 zł, stanowiące wkład własny Związku, zgodnie z zapisami Memorandum Finansowego dla Projektu. Źródło pokrycia w/w wydatków stanowią: 1. wpłaty gmin – członków Związku, w tym: Chorzów – 1 717 948 zł, Świętochłowice – 1 297 736 zł, przekazywane w trakcie roku budżetowego na wyodrębnione w tym celu rachunki bankowe, z których środki będą przekazywane bezpośrednio na wyodrębniony

rachunek bankowy ChŚPWik Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie – Podmiotu Odpowiedzialnego za Realizację Projektu (POZR)[...].”

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, wynika, jakoby Związek brał udział w zadaniu inwestycyjnym i jako Beneficjent Końcowy, i jako inwestor. Natomiast ChŚPWik odpowiadało jedynie organizacyjnie za przeprowadzenie tego zadania. Potwierdzają to informacje zawarte w przywołanym wyżej Sprawozdaniu z dnia 18 lutego 2010 r., zgodnie z którymi realizacja projektu została delegowana na spółkę ze względów organizacyjnych, technicznych oraz ekonomiczno-finansowych. Sprawozdanie potwierdza także zaangażowaniu Związku w tym zadaniu inwestycyjnym – „[...]Należy podkreślić, iż Związek na bieżąco sprawuje kontrolę nad realizacją Projektu, w tym również prawidłowością wykorzystania przekazanych środków i właściwego prowadzenia dokumentacji.[...]”.

W konsekwencji niezrozumiałe są zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie realizacji powyższej inwestycji przez jednostkę sektora finansów publicznych. Powoływanie przez gminy spółek prawa handlowego do realizacji określonych inwestycji jest praktyką powszechnie przyjętą. Realizacja inwestycji w takim przypadku sprowadza się w istocie do organizacyjnego przeprowadzenia zadania, w sytuacji gdy faktycznym inwestorem i beneficjentem zadania pozostaje gmina. Praktykę taką stosuje sam Zamawiający, czego dowodem jest powołana w tym celu spółka – Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. Przykładem inwestycji realizowanej w taki właśnie sposób jest chociażby „Przebudowa węzła komunikacyjnego

Rondo Kaponiera – poprawa jakości układu komunikacyjnego”. W tym zakresie wątpliwości Zamawiającego nie budziła okoliczność, że niezależnie od powierzenia funkcji organizacyjnych spółce prawa handlowego, to właśnie on pozostawał inwestorem. Niezrozumiałe w tej sytuacji jest kwestionowanie takiej samej struktury dla zadania inwestycyjnego realizowanego przez Związek.

Odwołujący przedstawił wykres ilustrujący strukturę podmiotów, które mogą być zaangażowane w realizację projektów inwestycyjnych po stronie Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że ChŚPWik, jako podmiot obowiązany do stosowania przepisów Pzp na podstawie art. 3 ust. 1. pkt 3 i 3a, powinien zostać funkcjonalnie zrównany z jednostką sektora finansów publicznych na gruncie postępowań prowadzonych w trybie Pzp. Tak więc wobec braku jednoznacznego wskazania, że Zamawiający, określając wymóg realizacji projektu przez jednostkę sektora finansów publicznych, ma na myśli jednostkę sektora finansów publicznych zdefiniowaną w art. 9 Ufp, dopuszczalne było wskazanie projektu realizowanego przy udziale jednostki tak rozumianej na gruncie Pzp, tj. jednostki zobowiązanej do stosowania przy udzielaniu zamówień publicznych przepisów tej ustawy.

7

Ponadto, Beneficjent Końcowy brał udział w realizacji Zadania inwestycyjnego „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków „Klimzowiec” w Chorzowie” przez: (1) nadzór nad sporządzeniem dokumentacji niezbędnej do finansowania zadania inwestycyjnego (było ono finansowane także z środków pochodzących z funduszu ISPA), (2) pozyskanie finansowania z funduszu, sprawowanie bezpośredniego nadzoru nad wykonaniem projektu dla zadania inwestycyjnego i jego odbiór oraz (3) sprawowanie bezpośredniego nadzoru nad Podmiotem Odpowiedzialnym za Realizację przez: (a) nadzór nad wykonywaniem harmonogramu, (b) nadzór nad rozliczeniami finansowymi z wykonawcami i podwykonawcami, (c) raportowanie wszelkich spraw związanych z inwestycją do Komisji Europejskiej.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że chociaż w przypadku spełniania warunków określonych w pkt. V.3.3 SIWZ wykazał bezpośrednie zaangażowanie jednostki sektora finansów publicznych w przywoływanym przez siebie projekcie na poziomie bezpośredniego inwestora, to stanowiło to tylko jedną z możliwych opcji zaangażowania takiej jednostki. W sformułowaniu obu postanowień SIWZ Zamawiający posłużył się bowiem zwrotem: „[...]przez realizację przez jednostkę sektora finansów publicznych[...]”, co nie przesądza charakteru w jakim taka jednostka miała występować w zadaniu inwestycyjnym.

Ponadto, wbrew zarzutom Zamawiającego, zadanie inwestycyjne „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków „Klimzowiec” w Chorzowie” było realizowane zgodnie z założeniami metodyki PRINCE 2.

Jak wynika z samej istoty zadania, które było współfinansowane ze środków UE, musiało ono być realizowane w ustrukturyzowany sposób w oparciu o metodyki zarządzania projektami (tj. np. PRINCE 2 lub PMI). W Wyjaśnieniach z dnia 10 września 2015 r. Odwołujący wskazał, że metodyka stosowana w przypadku wymienionego powyżej zadania inwestycyjnego została dostosowana do specyfiki prac projektowych (zgodnie z wymaganiami PRINCE 2), zaś K.J., była odpowiedzialna m. in. za dostosowanie metodyki realizacji zadania inwestycyjnego do wymagań PRINCE2. Powyższe świadczy o tym, że zadanie to było realizowane w oparciu o metodykę PRINCE 2 – po to właśnie konieczne było owo dostosowanie, za które odpowiadała ww. osoba. Potwierdza to definicja użytego przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 10 września 2015 r. pojęcia dostosować — dostosowywać „zmienić coś tak, by pasowało do czegoś”.

Zamawiający bezpodstawnie uznał, że o spełnieniu wymogów, o których mowa w SIWZ świadczyłoby wyłącznie zacytowanie fragmentu SIWZ, a każde odstępstwo od literalnego brzmienia jej postanowień poczytywane było za niespełnienie wymaganych kryteriów, czego nie sposób zaakceptować.

8

Zastrzeżenie przez Wykonawcę KPMG wykazu osób oraz zobowiązań osób trzecich jako tajemnicy przedsiębiorstwa

Zamawiający uznał, iż wykaz osób oraz oświadczenia osób trzecich, na których

zasobach polegał Wykonawca KPMG w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem nie podlegają ujawnieniu.

Zamawiający jednocześnie odrzucił analogiczne zastrzeżenie Odwołującego, który wnosił o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie. Co więcej, jak wynika z akt Postępowania, Wykonawca KPMG – podobnie jak Odwołujący – również był wzywany do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących osób, którymi Wykonawca KPMG dysponował na potrzeby wykonania zamówienia, niemniej wyjaśnienia przedstawione przez niego również zostały utajnione.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego, prowadzące do uniemożliwienia wykonawcy dokonania weryfikacji, czy oferta, która została uznana za ofertę najkorzystniejszą, spełnia warunki określone w SIWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu, stanowi nie tylko niedopuszczalne naruszenie zasady jawności wynikającej z art. 8 ust. 1 Pzp, ale przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził wnikliwego badania podstaw utajnienia określonych informacji. Oceniał wprawdzie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnienia Wykonawcy KPMG zawarte w zastrzeżeniu nieudostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna. Zamawiający wypełnił obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia tylko formalnie. Merytoryczna ocena wyjaśnień powinna była prowadzić Zamawiającego do wniosku, że Wykonawca KPMG w zasadzie nie podał istotnych okoliczności, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane zastrzeżenie jest zasadne. Trudno bowiem zgodzić się ze stwierdzeniem, że lista pracowników/współpracowników danej firmy doradczej, szczególnie wśród podmiotów tzw. Wielkiej Czwórki jest objęta tajemnicą. Rotacja między pracownikami tych firm jest zjawiskiem bardzo częstym, a zatem informacja o stanie kadrowym danego podmiotu z całą pewnością nie może zostać uznana jako „nieдоступna całemu ogółowi”.

Niezależnie od samego trybu podjęcia decyzji przez Zamawiającego, za niedopuszczalną uznać należy sytuację, kiedy utajnione zostają informacje o ofercie wykonawcy w zakresie, w jakim są niezbędne do zweryfikowania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Do takich informacji *ad casum* zaliczyć należy informacje o wykazie osób przy udziale których zamówienie będzie realizowane, oświadczenia podmiotów trzecich, na których zasobach polega wykonawca oraz dodatkowe wyjaśnienia udzielone w tym zakresie w odpowiedzi na zapytania Zamawiającego.

9

W szczególność należy mieć na uwadze, że to zakres osób przy udziale których zamówienie miało być realizowane był jednym z głównych kryteriów decydujących o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu. Właśnie ze względu na niespełnienie tego kryterium dwóch wykonawców biorących udział w Postępowaniu (w tym Odwołujący) zostało wykluczonych. Jednocześnie zarówno Wykonawca KPMG, jak i Odwołujący byli wzywani przez Zamawiającego do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, jednak tylko w przypadku Wykonawcy KPMG wyjaśnienia te zostały utajnione. W ocenie Odwołującego utajnienie tego elementu oferty było niedopuszczalne, ponieważ uniemożliwia to weryfikację czy warunki udziału w Postępowaniu zostały przez oferenta faktycznie spełnione, nie wspominając już o możliwości porównania ofert i oceny czy Zamawiający zasadnie wykluczył część wykonawców z Postępowania.

Unieważnienie Postępowania ze względu na brak zgody Biura Audytu Wewnętrznego i Kontroli na zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Odwołujący stwierdził, że w związku z tym, iż cena oferty Wykonawcy KPMG przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający zwrócił się do Biura Audytu Wewnętrznego i Kontroli z zapytaniem o możliwość zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Jak wskazał sam Zamawiający, w przypadku braku możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, Postępowanie powinno zostać unieważnione.

Z kolei, jak wynika z udostępnionych Odwołującemu akt Postępowania, ani na moment wysłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (22 września 2015 r.), ani na moment udostępnienia akt Postępowania (24 września 2015 r.), w aktach tych nie znajdowała się informacja czy Biuro Audytu Wewnętrznego i Kontroli wyraziło zgodę na podwyższenie

kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. W konsekwencji Odwołujący zakłada, iż taka zgoda nie została udzielona, a w takim wypadku Postępowanie powinno być zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu uzasadniającego zarzut niewłaściwego badania i oceny oferty. Zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, zatem jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek. W omawianej sprawie Zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia, gdyż nie zachodziła potrzeba uzyskania wyjaśnień od Odwołującego, w trybie wspomnianego przepisu.

10

W odniesieniu do zarzutu zaniechania unieważnienia Postępowania Zamawiający stwierdził, że nie było takiej konieczności, gdyż kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, została przez niego zwiększona do ceny najkorzystniejszej oferty, przed dokonaniem jej wyboru.

Tytułem repliki na zarzuty związane z wykluczeniem Odwołującego z Postępowania Zamawiający podał, że o jego podstawach poinformował w zawiadomieniu skierowanym do wykonawców, którzy złożyli oferty (pismo z dnia 22 września 2015 r.).

Wcześniej, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty, m.in. w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (pismo z dnia 4 września 2015 r. Odpowiadając na to wezwanie, Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z dnia 10 września 2015 r., które zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy dokonywaniu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do problemu niespełnienia warunku określonego w pkt V.3.3. SIWZ Zamawiający stwierdził, że w uzasadnieniu odwołania, Odwołujący twierdzi, że J.R. spełnia warunek określony we wzmiankowanym postanowieniu SIWZ, a w obrocie profesjonalnym jest powszechnie wiadome, że osoba będąca równocześnie Inżynierem Rezydentem i Inżynierem Kontraktu jest też jednocześnie kierownikiem projektu.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący podał, iż J.R. pełnił funkcje Inżyniera Rezydenta i Inżyniera Kontraktu, wykonując usługę doradztwa w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że dysponuje osobą, która w okresie ostatnich 5 lat, bezpośrednio kierowała zespołem (pełniła funkcję zastępcy kierownika) wykonującym usługę doradztwa w zakresie finansowym lub prawnym oraz zarządzania procesem inwestycyjnym, przy realizacji przez jednostkę sektora finansów publicznych zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego (nie została wykazana usługa doradztwa w zakresie finansowym lub prawnym).

Zamawiający, w odniesieniu do stwierdzenia o konieczności utożsamiania Inżyniera Kontraktu (Inżyniera Rezydenta) z kierownikiem projektu zwrócił uwagę, że podział zadań między ww. może kształtować się różnie, w zależności od sposobu zorganizowania konkretnego procesu inwestycyjnego. Mając to na względzie, w piśmie z dnia 4 września 2015 r., wzywającym Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty, Zamawiający stwierdził, że z wykazu osób wynika jakoby J.R. wykonywał czynności Inżyniera Rezydenta i Inżyniera Kontraktu, natomiast nie wynika, że ww. wykonywał jedną z następujących funkcji: kierownika zespołu doradczego (jego zastępcy) lub kierownika projektu (jego zastępcy).

11

Podkreślił w wezwaniu, że z treści dokumentu powinno jednoznacznie wynikać, czy i którą z funkcji wymienionych w pkt V.3.3. SIWZ pełnił J.R.

W odpowiedzi z dnia 10 września 2015 r. Odwołujący nie potwierdził, że J.R. pełnił funkcję kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt V.3.3 SIWZ.

W zakresie warunku sformułowanego w pkt V.3.4. SIWZ Zamawiający stwierdził, że argument Odwołującego, jakoby z brzmienia warunku nie wynikało, iż jednostka sektora finansów publicznych powinna być stanowić jednostkę sektora finansów publicznych

w rozumieniu art. 9 Ufp jest bezpodstawny. Skoro bowiem funkcjonuje legalna definicja jednostki sektora finansów publicznych (art. 9 Ufp), to jej nieuwzględnienie przez Odwołującego jest niedopuszczalne. Nie sposób rozumieć tego pojęcia inaczej niż tak, jak zostało ono określone we wspomnianym przepisie prawa. Nie można zaakceptować nadawania temu pojęciu znaczenia w sposób dowolny i całkowicie subiektywny.

Zamawiający zauważył następnie, że Odwołujący, w odniesieniu do warunku określonego w pkt V.3.4. SIWZ, podał w ofercie, że inwestorem zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków „Klimzowiec” w Chorzowie” była spółka prawa handlowego (CHŚPWIK), a nie jednostka sektora finansów publicznych. Skoro inwestorem jest podmiot realizujący zadanie inwestycyjne (bezpośrednio lub posługując się innymi podmiotami), to wspomniana spółka, jako inwestor – zgodnie z treścią oferty Odwołującego – była podmiotem realizującym zadanie inwestycyjne. Odwołujący nie wykazał zatem w ofercie, że omawiane zadanie inwestycyjne realizowała jednostka sektora finansów publicznych. W związku z tym, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że warunek określony w pkt V.3.4. SIWZ został spełniony.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby ww. spółka powinna zostać funkcjonalnie zrównana z jednostką sektora finansów publicznych na gruncie postępowań prowadzonych w trybie Pzp. Jest to postulat nieuzasadniony, pozostający w sprzeczności z art 9 Ufp. Zamawiający zaznaczył, że jednoznacznie wskazał w SIWZ, iż zależy mu na doświadczeniu nabytym przy realizacji zadań inwestycyjnych przez jednostkę sektora finansów publicznych, a nie przez inny podmiot. Otoczenie prawne i specyfika funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych różnią się od uwarunkowań, w jakich działają inne podmioty, w tym spółki prawa handlowego, nawet jeżeli ich udziałowcami są jednostki sektora finansów publicznych.

W związku z zarzutem dotyczącym nieuprawnionego utajnienia wykazu osób zaangażowanego do oferty Wykonawcy KPMG Zamawiający stwierdził, że istniały ku temu

12

podstawy. Wykonawca ten, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, nie później niż w terminie składania ofert w Postępowaniu, zastrzegł, że nie może być on ujawniony i wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Decyzja Zamawiającego w tym zakresie została poprzedzona dogłębnym badaniem, po przeprowadzeniu którego uznał on, że Wykonawca KPMG przedstawił argumenty uzasadniające objęcie ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, iż nie uwzględnił analogicznego zastrzeżenia Odwołującego, gdyż nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji, czego wymaga art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W SIWZ Zamawiający wskazał, że dokumenty, których treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy zabezpieczyć w sposób uniemożliwiający bezpośrednie odczytanie treści, np. przez zastosowanie nieprzejrystej folii. Niedochowanie należytej staranności przez niepodjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa oraz brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa skutkowało jawnością całej oferty. Oferta przesłana przez Odwołującego nie została zabezpieczona w sposób uniemożliwiający bezpośrednie odczytanie treści mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym Odwołujący nie spełnił wymogu koniecznego do uznania wskazanych przez niego informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosił Wykonawca KPMG wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym przedstawił następującą argumentację.

Na wstępie zgłaszający przystąpienie podkreślił, że Zamawiający związany jest treścią warunków, jakie ustalił w Postępowaniu i nie może nadawać następnie postanowieniom SIWZ znaczenia, które nie wynika z ich literalnego brzmienia, niezależnie od tego, czy zmierzałoby to do ograniczenia, czy rozszerzenia konkurencji. Z tego powodu zarzuty i żądania Odwołującego sprowadzające się do wykraczającego poza literalne brzmienie warunków są, w jego ocenie, po pierwsze spóźnione, a po drugie całkowicie niezasadne.

Następnie stwierdził, że Zamawiający ocenia spełnianie warunków na podstawie przedstawionych mu dokumentów i nie może uznać warunku za spełniony, jeśli fakt ten z nich nie wynika. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w oparciu o który wykluczony został Odwołujący, wykluczeniu podlega wykonawca, który nie tyle nie spełnia, co nie wykazał

spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykazania spełniania warunku dysponowania osobą o kwalifikacjach określonych w pkt V.3.3. SIWZ Przystępujący stwierdził, że doświadczenie J.R. nie wpisuje się w treść warunku. Legitymuje się on bowiem

13

doświadczeniem w realizacji dwóch projektów, przy czym drugi z nich obejmuje doświadczenie, które w ogóle nie spełnia wymagania, gdyż wskazany przez Odwołującego koniec terminu realizacji projektu to kwiecień 2010, a więc więcej niż wymagane 5 lat przed terminem składania ofert.

Zdaniem Wykonawcy KPMG Zamawiający słusznie powziął wątpliwość co do tego jak zakwalifikować wykonywanie usług Inżyniera Rezydenta i Inżyniera Kontraktu w kontekście postawionego warunku i pismem z dnia 4 września 2015 r. wezwał Odwołującego do jego uzupełnienia. W odpowiedzi Odwołujący lakonicznie stwierdził, że J.R.

„[...]bezpośrednio kierował zespołem (nadzoru), wykonując niniejszym usługę doradztwa w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym, przy realizacji inwestycji przez GDDKiA – jednostkę sektora finansów publicznych[...]”. Z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego nie wynika tym samym, aby J.R. bezpośrednio kierował zespołem wykonującym usługę doradztwa w zakresie finansowym lub prawnym oraz zarządzania procesem inwestycyjnym – z uzupełnienia wynika, że usługa doradcza była w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym (brak informacji, że doradztwo było również w zakresie finansowym lub prawnym) oraz aby J.R. pełnił funkcję kierownika lub zastępcy kierownika projektu. Podkreślił, że Odwołujący winien udowodnić, iż z treści jego oferty i uzupełnienia wynika, że wskazana osoba spełnia wymagania SIWZ, nie zaś przedstawiać w odwołaniu nowe fakty, które nie były Zamawiającemu znane, a więc i nie mogły być wzięte pod uwagę w ocenie.

Co jednak, zdaniem zgłaszającego przystąpienie, najistotniejsze, nawet gdyby Zamawiający miał badać spełnianie warunku przez J.R. z uwzględnieniem treści odwołania i tak musiałby uznać, iż osoba nie posiada wymaganych kwalifikacji.

Po pierwsze Odwołujący nie wykazał ani w ofercie, ani w wyjaśnieniu, że przywołana usługa, obejmowała doradztwo w zakresie finansowym lub prawnym. Co więcej nie wykazuje tego także w Odwołaniu. Zatem nie jest spełniona pierwsza z możliwości wykazania warunku określona w SIWZ.

W Odwołaniu Odwołujący koncentruje się na tym, że jego zdaniem w obrocie profesjonalnym jest powszechnie wiadome, że osoba będąca jednocześnie Inżynierem Rezydentem i Inżynierem Kontraktu jest jednocześnie kierownikiem projektu. Odwołujący sugeruje, że Zamawiający powinien taką podstawową wiedzę dysponować. Innymi słowy Odwołujący twierdzi, że wykazanie w tym przypadku pełnienia funkcji kierownika projektu nie było wymagane, bo jest to fakt oczywisty.

14

Argumentacji takiej, zdaniem Wykonawcy KPMG, nie sposób przyjąć. Zamawiający wezwał Odwołującego w tym zakresie do uzupełnienia, więc musiał on mieć świadomość, że o oczywistości tej tezy dla Zamawiającego nie może być mowy.

Przystępujący podał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego tożsamość funkcji Inżyniera Rezydenta/Inżyniera Kontraktu z funkcją kierownika projektu nie jest ani powszechna, ani oczywista. Biorąc pod uwagę, że obydwa wskazywane projekty inwestycyjne oparte były na warunkach FIDIC, Przystępujący wystąpił do Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (dalej: „SIDIr”) – wyłącznego przedstawiciela FIDIC w Polsce – z prośbą o opinię w tej sprawie. Z załączonej opinii (dowód nr 3) wynika wyraźnie, że z faktu, iż dana osoba pełniła funkcję Inżyniera bądź Inżyniera Rezydenta w kontraktach budowlanych opartych na wzorcach FIDIC nie można wywodzić, iż jest to równoznaczne z tym, że pełniła ona funkcję kierownika projektu. Zdaniem SIDIr wynika to stąd, że rola Inżyniera/Inżyniera Rezydenta za każdym razem jest określana przez szczegóły umów łączących wykonawcę robót i Zamawiającego oraz inżyniera i zamawiającego. Nie można w żadnym razie oczekiwać, że z samego faktu pełnienia funkcji inżyniera rezydenta, bądź inżyniera kontraktu ma wynikać, że usługa konsultanta obejmowała usługi doradcze w zakresie prawnym lub finansowym. Zamawiający nie mógł więc tego założyć i skierował do Odwołującego zapytanie w tej sprawie.

W odpowiedzi Odwołujący nie podał żadnych informacji, które mogłyby świadczyć o tym, że role te były połączone w projekcie, na który powołuje się Odwołujący.

Zdaniem Wykonawcy KPMG załączone do odwołania oświadczenie J.R. budzi, w świetle opinii SIDiR, poważne wątpliwości. Wynika z niej bowiem, że GDDKiA powołuje w swoich strukturach osobną funkcję kierownika projektu. Przystępujący nie neguje, że J.R. w swoim subiektywnym rozumieniu pełnił rolę kierowniczą, tym niemniej analiza projektu warunków umowy pomiędzy konsultantem a wykonawcą na wymienione zadanie (dowód nr 4) wskazuje, że zamawiający (GDDKiA) jako kierownika projektu przewidział osobę ze swojego personelu. Zgłaszający przystąpienie podał, że w omawianej umowie konsultantem został określony wykonawca przedmiotowego, którym w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został WS Atkins (obecnie Multiconsult), w którego zespole występował J.R.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykazania spełniania warunku dysponowania osobą o kwalifikacjach określonych w pkt V.3.4. SIWZ Wykonawca KPMG stwierdził, że osoba wskazana w celu wykazania spełniania tego warunku (K.J.) nie spełnia jego wymogów.

Podkreślił, że zadanie, przy realizacji którego pełniła funkcję kierownika projektu nie było realizowane przez jednostkę sektora finansów publicznych, lecz przez ChŚPWik i że wykaz osób nie zawierał informacji, że podmiot, który prowadził projekt prowadził go w oparciu o metodykę PRINCE 2 albo PMI.

15

W konsekwencji, Zamawiający, pismem z dnia 4 września 2015 r., wezwał Odwołującego do uzupełnienia wskazując, na dwa ww. braki uniemożliwiające uznanie, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku. W uzupełnieniu z dnia 10 września 2015 r. Odwołujący przedstawił argumentację wskazującą, iż ChŚPWik była podmiotem odpowiedzialnym za realizację projektu (POZR), a jego właścicielem był Związek, utworzony przez dwie jednostki sektora finansów publicznych. Jako argument przemawiający za uznaniem ChŚPWik za taką jednostkę Odwołujący podał też fakt, iż podmiot ten zobowiązany jest do stosowania Pzp.

W odniesieniu do kwestii prowadzenia projektu w oparciu o metodykę PRINCE 2 albo PMI Odwołujący wyjaśnił, iż ww. zadanie musiało być realizowane w ustrukturyzowany sposób w oparciu o metodyki zarządzania projektami (m. in. PRINCE 2 lub PMI). Metodyka stosowana w przypadku wymienionego powyżej zadania inwestycyjnego została dostosowana do specyfiki prac projektowych (zgodnie z wymaganiami PRINCE 2), zaś K.J. wśród swoich obowiązków była odpowiedzialna m.in. za dostosowanie metodyki realizacji zadania inwestycyjnego do wymagań PRINCE 2. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że realizacja zadania inwestycyjnego odbywała się w oparciu o metodykę PRINCE 2 albo PMI, a w oparciu o inną metodykę „metodykę realizacji zadania inwestycyjnego”, która była „dostosowana” do wymagań PRINCE 2.

W zakresie wymagania by projekt był realizowany przez jednostkę sektora finansów publicznych (dalej: „jsfp”) zgłaszający przystąpienie stwierdził, że opisany przez Zamawiającego warunek zawiera termin sprecyzowany w przepisach prawa polskiego i w taki sposób należy go interpretować, a uregulowana w ustawie o finansach publicznych definicja jest jasna, zrozumiała i powszechnie stosowana. W żaden sposób nie można zrównać pojęcia zamawiającego, jako jednostki zobowiązanej do stosowania Pzp z pojęciem jednostki sektora finansów publicznych, na co wskazuje wprost art. 3 Pzp.

Podkreślił, że Zamawiający będąc jsfp wymagał doświadczenia w kierowaniu projektami, które były realizowane przez jsfp, tj. podlegały tym samym zasadom finansowania, księgowania, rozliczania (uregulowanym w ustawie o finansach publicznych) co projekty prowadzone przez Zamawiającego. Zasady te w sposób oczywisty nie są stosowane przez spółki prawa handlowego. Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że podziela stanowisko Odwołującego, jakoby praktyka przekazywania projektów inwestycyjnych do realizacji spółkom prawa handlowego była powszechna. Ma ona na celu m.in. wyłączenie z budżetu jsfp zobowiązań (długu) wynikających z zawieranych umów. Jak wynika jednak z treści warunku, nie takie doświadczenie Zamawiający uznał za istotne dla realizacji zamówienia – wymagał doświadczenia w projektach realizowanych przez jsfp bezpośrednio, a nie przez wydzielone spółki prawa handlowego.

16

W tym kontekście nie sposób pominąć faktu, iż zgodnie z brzmieniem warunku zadanie miało być realizowane przez jsfp („[...]przy realizacji przez jsfp zadania inwestycyjnego[...]”). Natomiast z uzupełnienia oferty Odwołującego wynika wprost, że podmiotem odpowiedzialnym za realizację projektu (POZR), a więc „realizującym” projekt, było ChŚPWik, zaś Związek był jego „właścicielem” i sprawował nad nim nadzór. Tymczasem warunek nie odnosił się do „właściciela” czy „podmiotu nadzorującego”, a do podmiotu realizującego projekt.

Konsorcjum KPMG podało również, że doświadczenie K.J. zostało opisane w ofercie i w jej uzupełnieniu tak, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku również w zakresie „[...]realizacji przez jsfp zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego w oparciu o metodykę PRINCE2 (...) albo PMI[...]”. Sam fakt powołania się na dostosowanie metodyki zadania inwestycyjnego do wymagań PRINCE 2 nie potwierdza, że faktycznie zadanie to było realizowane na podstawie tej metodyki zarządzania projektami.

Zgłaszający przystąpienie zasygnalizował, że wystosował do ChŚPWik pytanie o potwierdzenie czy modernizacja oczyszczalni ścieków Klimzowiec była prowadzona w oparciu o metodykę zarządzania projektami PRINCE 2. W dniu 7 października 2015 r. podmiot ten odpowiedział że zadanie to nie było prowadzona w oparciu o metodykę zarządzania projektami PRINCE 2, ponieważ nie było takiego wymogu (dowód nr 5).

Uprzedzając twierdzenia Odwołującego, jakoby metodyka ta była stosowana tylko po stronie wykonawcy Konsorcjum KPMG stwierdziło, że nie jest to możliwe. Zasady metodyki PRINCE 2 zakładają bowiem aktywny udział zamawiającego i wykonawcy w stosowaniu reguł tej metodyki. Przykładowo, wedle PRINCE 2 w skład komitetu sterującego (ciało odpowiadające za zarządzanie strategiczne projektem i posiadające kompetencje decyzyjne), wchodzić muszą przedstawiciele głównych interesariuszy, a więc zamawiającego i wykonawcy, przy czym jego przewodniczącym jest przedstawiciel zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie poparł powyższe twierdzenia opinią certyfikowanego kierownika projektów (dowód nr 6).

Zdaniem Wykonawcy KPMG dodatkowym dowodem wskazującym, iż projekt, którego kierownikiem była K.J. nie był realizowany w oparciu o PRINCE 2 jest okoliczność, że wskazana osoba uzyskała kwalifikacje Prince2 Foundation (podstawowy certyfikat) w dniu 27 stycznia 2011 r., a więc kilkanaście miesięcy po rozpoczęciu realizacji zadania, na jakie się powołuje (dowód nr 7). Trudno zatem przyjąć tezę, że funkcję kierownika projektu, który miałby być prowadzony w oparciu o PRINCE 2 powierzono osobie, która nie miała nawet podstawowego certyfikatu w tym zakresie.

17

W zakresie utajnienia przez zgłaszającego przystąpienie wykazu osób i dokumentów powiązanych (pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich) podał, że zastrzeżone w jego ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co szczegółowo wyjaśnił i uzasadnił w treści oferty (str. 10-13). Natomiast w stosunku do metodyki realizacji zamówienia, gdzie omyłkowo nie zawarto w ofercie uzasadnienia dla zastosowania klauzuli tajemnicy, Zamawiający ofertę udostępnił.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania unieważnienia Postępowania Wykonawca KPMG podniósł, że Biuro Audytu Wewnętrznego i Kontroli jest jednostką organizacyjną Zamawiającego, a skoro poinformował on wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, to znaczy, że Kierownik Zamawiającego zatwierdził wybór, a więc zadecydował o zwiększeniu kwoty pierwotnie planowanej na realizację zamówienia. Nadto brak jest przepisu prawa, który nakazywałby posiadanie zgody wewnętrznej jednostki organizacyjnej Zamawiającego na zwiększenie kwoty planowanej na realizację zamówienia, a zatem brak jest też naruszenia przepisu, które mogłoby być przedmiotem odwołania.

Dodatkowo Konsorcjum KPMG podkreśliło, iż w stosunku do tego zarzutu brak jest po stronie Odwołującego wymaganego interesu w uzyskaniu zamówienia”.

Na rozprawie zgłaszający przystąpienie wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma przewodniego wykonawcy WS Atkins – Polska sp. z o.o. z dnia 8 grudnia 2008 r. wraz z załącznikami – „Protokołem z pierwszej rady budowy” odbytej w dniu 27 listopada 2008 r. w związku z realizacją inwestycji pn.: „KONTRAKT NR: 16/R-1/Obwodnica BB/2008 Droga Ekspresowa S-69 Budowa Północno-

- Wschodniej Obwodowej Miasta Bielsko-Biała", programem rady budowy i listą obecności (dowód nr 8),
2. pism GDDKiA Oddział w Katowicach z dnia 7 listopada 2008 r. i 16 marca 2010 r. do wykonawcy HERMANN KIRCHNER Polska sp. z o.o. (dowód nr 9),
 3. pisma wykonawcy WS Atkins – Polska sp. z o.o. z dnia 15 marca 2012 r. (dowód nr 10),
- na okoliczność niespełniania przez J.R. warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do inwestycji pn.: „Zarządzanie projektem w zakresie budowy Północno-Wschodniej Obwodowej miasta Bielsko-Biała, od węzła „Komorowice” do węzła „Mkuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”)”

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte

18

w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Wykonawcy KPMG, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę KPMG (dalej również: „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Wykluczenie Odwołującego z Postępowania

Skład orzekający stwierdził, że w przedmiotowym zakresie stan faktyczny nie był sporny między stronami. Dodania wymaga jedynie, że z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z dnia 22 września 2015 r.) wynika, że podstawą zaskarżonej czynności było stwierdzenie, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt V.3.3 i V.3.4 SIWZ, bowiem nie wykazał odpowiednio, że J.R. posiada doświadczenie obejmujące doradztwo w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym, z uwzględnieniem doświadczenia w doradztwie finansowym lub prawnym oraz, że K.J. pełniła funkcję kierownika projektu dotyczącego realizacji zadania inwestycyjnego infrastrukturalnego, którego inwestorem była jsfp.

Zarzuty odwołania dotyczące nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z Postępowania nie potwierdziły się.

W odniesieniu do zarzutu nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z uwagi na niespełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt V.3.3 SIWZ Izba uznała, że nie wykazał on spełnienia ww. warunku w sposób określony w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach (pismo z dnia 10 września 2015 r.), co stanowiło następnie podstawę dokonania zaskarżonej odwołaniem czynności. Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że treść warunku przewidywała możliwość wykazania jego spełnienia na dwa różne sposoby (dysponowanie osobą, która pełniła funkcję kierownika/zastępcy kierownika zespołu doradczego lub kierownika/zastępcy kierownika projektu), tym niemniej we wzmiankowanej korespondencji Odwołujący powoływał się na spełnianie przez J.R. omawianego warunku w ten sposób, że ww. osoba miała pełnić funkcję kierownika zespołu doradczego przy realizacji wskazanych w wykazie osób inwestycji. Należy przy tym zauważyć, że w adresowanym do Odwołującego wezwaniu Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył go w sposobie wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu, stwierdzając jedynie, że z treści oferty musi jednoznacznie wynikać którą z czterech wspomnianych funkcji pełnił J.R. W takich okolicznościach uprawniony jest wniosek, że jeżeli

19

J.R. spełniał – w ocenie Odwołującego – warunek w każdy z alternatywnie wskazanych w jego treści sposobów (co sugeruje porównanie argumentacji zawartej w złożonych w Postępowaniu wyjaśnieniach i uzasadnieniu odwołania), Odwołujący powinien był zawrzeć informację o tym już w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, tego bowiem należy oczekiwać od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Ergo, posługiwanie się w uzasadnieniu odwołania argumentami o spełnianiu przez J.R. warunku w inny niż wskazany uprzednio

sposób nie mogło odnieść skutku, jako że były to twierdzenia spóźnione. Odwołujący wyraźnie i wprost oświadczył bowiem, że J.R., przy realizacji obydwu wskazanych w dotyczącej go części wykazu osób bezpośrednio kierował zespołem (nadzoru), wykonując usługę doradztwa w zakresie zarządzania procesem inwestycyjnym, z pominięciem aspektów prawnych lub finansowych takiej usługi.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nawet gdyby jednak przyjąć, że zawarta w odwołaniu argumentacja dotycząca przedstawionych powyżej kwestii nie była spóźniona, do czego – w ocenie Izby – brak jest podstaw, to w świetle przedstawionych przez Przystępującego dowodów nie sposób było uznać, że doświadczenie ww. osoby nabyte w związku z realizacją inwestycji pn.: „Zarządzanie projektem w zakresie budowy Północno-Wschodniej Obwodowej miasta Bielsko-Biała, od węzła „Komorowice” do węzła „Mikuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”)” wpisywało się w treść warunku udziału w Postępowaniu.

Po pierwsze – wbrew zawartym w odwołaniu twierdzeniom nie można było uznać za oczywistą okoliczności, jakoby sprawowanie funkcji Inżyniera Kontraktu (Inżyniera Rezydenta) należało utożsamiać z funkcją kierownika projektu. Wydaje się, że wskazanie na taki właśnie charakter wspomnianej okoliczności miało, w przekonaniu Odwołującego, zwolnić go z ciężącego na nim z mocy przepisu art. 190 ust. 1 Pzp obowiązku instruowania postępowania dowodowego. Skład orzekający miał jednak na względzie nie tylko brak podstaw dla takiego zapatrywania, ale również i to, że rzekomej oczywistości przeczyły wnioski zawarte w treści dokumentu stanowiącego dowód nr 3. Stwierdzono w nim m.in., że standardowe warunki kontraktu FIDIC nie definiują funkcji kierownika projektu, tym niemniej autorom opinii znana jest praktyka powoływania w strukturach instytucji zamawiających osobnej funkcji kierownika projektu usytuowanej (w przypadku zamawiającego jakim jest GDDKiA) poniżej Dyrektora Oddziału. Rolą osoby zajmującej wspomniane stanowisko jest m.in. wydawanie poleceń Inżynierowi. Ponadto w opinii wskazano, że jej autorom nie są znane przypadki, aby w projektach inwestycyjnych realizowanych w Polsce Inżynier, bądź Inżynier Rezydent pełnił rolę, którą można utożsamić w jakimkolwiek stopniu z faktyczną rolą decyzyjną kierownika projektu.

20

Izba uznała ów dowód za wiarygodny z uwagi na fakt, że pochodzi od organizacji stanowiącej reprezentację Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów w Polsce.

Po drugie – treść dokumentów stanowiących dowody nr 4, 8-10 pozwala dojść do wniosku, że kierownik projektu wyznaczany był spośród osób stanowiących personel zamawiającego (wniosek taki płynie z treści § 2 ust. 3 umowy stanowiącej dowód nr 4), natomiast J.R. pełnił w toku realizacji projektu najpierw rolę inżyniera rezydenta (vide dowód nr 8), a następnie inżyniera kontraktu (pismo stanowiące dowód nr 9), przy czym niezależnie od pełnionych przez niego funkcji kierownikiem projektu były inne osoby (C.B. i W.Ż.), związane z Zamawiającym (dowody nr 8-10).

Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego, jakoby każda ze stron omawianego kontraktu powoływała własnego kierownika projektu nie zostały udowodnione. Wydaje się przy tym zasadny wniosek, że nawet gdyby sytuacja taka miała miejsce, to w treści dokumentów stanowiących dowody nr 8-10 znajdowałyby się wzmianka o tej osobie i pełnionej przez niej funkcji. Z powyższych przyczyn nie ma również, w ocenie składu orzekającego, podstaw do utożsamiania funkcji Inżyniera Kontraktu (Inżyniera Rezydenta) z funkcją kierownika projektu powoływanego przez wykonawcę niezależnie i obok kierownika projektu ze strony zamawiającego.

Izba nie uwzględniła argumentacji Przystępującego dotyczącej niespełniania przez Odwołującego przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wykraczającym poza podstawy tej czynności wskazane w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, a związanej z okresem pełnienia przez J.R. określonych funkcji i wartością zrealizowanych w ramach wspomnianego kontraktu usług. Ocenie w postępowaniu odwoławczym podlegać mogą wyłącznie określone czynności zamawiającego w takim kształcie, w jakim zostały przez niego podjęte i o jakich poinformował wykonawcę wnoszącego odwołanie. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania spowodowałoby konieczność ustosunkowywania się przez odwołującego do zarzutów formułowanych *ad hoc* już na etapie postępowania odwoławczego.

W konsekwencji przedstawionych powyżej zapatrywań Izba, abstrahując od

okoliczności, że z przytoczonych wcześniej powodów dowód nr 1 musiał być uznany za spóźniony, odmówiła mu również wiarygodności stwierdzając, że oświadczenie złożone przez J.R. na potrzeby postępowania odwoławczego uznać można co najwyżej za przejaw subiektywnego przekonania osoby, która je złożyła o pełnieniu funkcji kierownika projektu.

W zakresie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt V.3.4 SIWZ, biorąc pod uwagę treść zaskarżonej odwołaniem czynności, ocenie Izby podlegała kwestia związana ze statusem podmiotu realizującego zadanie inwestycyjne infrastrukturalne.

21

Jakkolwiek treść adresowanego do Odwołującego wezwania (pismo z dnia 4 września 2015 r.) wskazywała na wątpliwości Zamawiającego dotyczące również metodyki, w oparciu o którą realizowana była inwestycja wymieniona w wykazie osób, jako doświadczenie K.J., tym niemniej ostatecznie okoliczność ta nie stanowiła podstawy wykluczenia Odwołującego. Świadczy o tym treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym Zamawiający odniósł się wyłącznie do kwestii braku po stronie ChŚPWik statusu jsfp. W konsekwencji argumentacja Odwołującego i Przystępującego oraz przedstawiane na jej poparcie dowody (nr 5-7) uznać należało za irrelewantne dla rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie.

W konsekwencji rozstrzygnięcia wymagała kwestia konieczności posiadania przez podmiot realizujący inwestycję statusu jsfp. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby w braku zdefiniowania tego pojęcia w treści SIWZ nie mogła znaleźć zastosowania definicja wynikająca z przepisu art. 9 Ufp. Przeciwnie – zdaniem składu orzekającego okoliczność, że Zamawiający nie zmienił na gruncie Postępowania definicji tego pojęcia świadczy nie tylko o możliwości, ale wręcz konieczności posługiwania się definicją legalną wynikającą z Ufp.

Brak było również podstaw do uznania możliwości funkcjonalnego zrównania ChŚPWik, będącego podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów Pzp z mocy przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, ze statusem jsfp. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że na gruncie Pzp te dwie kategorie podmiotów zostały przez ustawodawcę rozdzielone, a z samej konieczności stosowania przez ChŚPWik przepisów Pzp nie można wywodzić jego odmiennego statusu. Co więcej, skład orzekający uwzględnił argumentację Zamawiającego, który stwierdził, że zależało mu na doświadczeniu nabytym przy realizacji zadań inwestycyjnych przez jsfp, a nie przez inny podmiot, co jest uzasadnione tym, że Zamawiający status takiej jednostki posiada.

Nie miał racji Odwołujący twierdząc, że dopiero w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał na konieczność posiadania przez jsfp przymiotu inwestora. Zwrócono przy tym uwagę, że sam Odwołujący w załączonym do oferty wykazie osób posługiwał się tym pojęciem w odniesieniu do ChŚPWik. W ocenie składu orzekającego nie mogły odnieść skutku argumenty, że faktycznym inwestorem był jednak Związek będący założycielem ww. podmiotu. Na wniosek taki nie pozwalają chociażby cytowane w odwołaniu fragmenty treści dokumentu stanowiącego dowód nr 2, z których wynika, że środki finansowe na realizację inwestycji były przekazywane na wyodrębniony rachunek bankowy spółki, która była podmiotem odpowiedzialnym za realizację projektu, natomiast Związek pełnił rolę podmiotu nadzorującego ten proces.

Zaniechanie ujawnienia wykazu osób załączonego do oferty Przystępującego

22

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada legitymacji do podnoszenia zarzutów w odniesieniu do oferty Przystępującego z uwagi na niespełnianie w tym zakresie przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. Z niezaprzeczonych przez Zamawiającego i Przystępującego twierdzeń Odwołującego wynika bowiem, że złożył on ofertę, która – o ile nie zostałaby przez Zamawiającego wykluczony – byłaby ofertą korzystniejszą od oferty Wykonawcy KPMG. Analiza tych okoliczności musi prowadzić do wniosku, że okoliczności związane z oceną oferty Przystępującego (w ramach której mieści się również badanie zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa) jest dla Odwołującego neutralna, a interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody obejmuje jedynie te jego działania, które zmierzają do utrzymania statusu wykonawcy w Postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej zmierzającym do uzyskania przez podmiot z niego korzystający zamówienia publicznego, a przez to – do uniknięcia poniesienia (możliwości poniesienia) szkody związanej z utratą zysku przewidzianego z jego realizacji. Nie jest zatem wystarczająca jakakolwiek poprawa sytuacji odwołującego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż taka wykładnia przepisu art. 179 ust. 1 Pzp byłaby sprzeczna z przesłanką interesu w uzyskaniu zamówienia, a nadto powodowałaby, że odwołanie można byłoby wnosić w oderwaniu od okoliczności związanych z poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego, musi być rozważana również przez pryzmat wpływu na wynik Postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Zgodnie z nim, odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanej regulacji, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę korzystającego ze środka ochrony prawnej. *Ergo*, jedynie potwierdzenie zarzutów dotyczących Odwołującego może mieć wpływ na wynik Postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 Pzp. Jak wskazano wcześniej, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu jedynie w zakresie tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażającą się możliwością uzyskania przez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem Postępowania. Ten rezultat osiągnięty może być jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania.

Powyższe determinowało uznanie, że zarzuty kierowane wobec oferty Przystępującego nie mogły podlegać ocenie.

23

Zaniechanie unieważnienia Postępowania

Abstrahując od okoliczności, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – w dokumentacji Postępowania znajduje się korespondencja wewnętrzna Zamawiającego (pismo z dnia 14 września 2015 r.), z której wynika możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Przystępującego, to także w przypadku tego zarzutu Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Należy mieć bowiem na względzie, że dążenie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być postrzegane jako przejaw realizacji interesu w uzyskaniu zamówienia. Nie sposób przy tym przyjąć, że interes ów wyraża się możliwością uzyskania zamówienia w przyszłości (np. w następstwie przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), skoro interes, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp należy odnosić do postępowania o udzielenie zamówienia w związku z którym zostało złożone odwołanie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący:

24