

WYROK
z dnia 13 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w W. w dniu 9 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2016r. przez **wykonawcę E.G.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego P.P.L.K. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., (...)**

przy udziale **wykonawcy S. S.A.S. z siedzibą we Francji, w N., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2427/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E.G.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., (...)**
 - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę E.G.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., (...)** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 Zasądza od **wykonawcy E.G.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., (...)** na rzecz **zamawiającego P.P.L.K. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., (...)** kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265,

1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w W..

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2427/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektów „Prace na linii E 75 na odcinku Sadowne- Czyżew wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów – Sadowne” oraz „Prace na linii E 75 na odcinku Czyżew – Białystok” w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2016r. za numerem 2016/S 077-137461.

W dniu 16 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. z siedzibą we Francji w N., (...) oraz m. in. o wykluczeniu wykonawcy E.G.P. SA z siedzibą w W. (...) – dalej odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 - dalej ustawy) z uwagi na to, że Stanisław J. wskazany przez odwołującego na stanowisko Inżyniera Rezydenta w Zespole Stałym Kontraktu nr 2 (okoliczność podana przez samego odwołującego w odwołaniu, dla którego nie zastrzeżono tajemnicy przedsiębiorstwa) nie posiada wymaganego przez zamawiającego w pkt. 8.4.2. siwz doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta, lub 5 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru.

W dniu 23 grudnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 22 grudnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 w zw. z aft. 2 pkt 5 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty S. niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz, podczas gdy to oferta odwołującego, który nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, jest ofertą najkorzystniejszą;
 - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie z udziału w postępowaniu odwołującego z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. przedstawienia w ofercie osoby na stanowisko Inżyniera Rezydenta w Zespole stałym Kontraktu nr 2, która nie spełnia wymagań określonych w siwz, podczas gdy Stanisław J. spełnia wymagania siwz, a tym samym odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- z ostrożności, także naruszenie:

-
- art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie posiadanej przez S.J. wiedzy i doświadczenia, a w szczególności zaniechania wyjaśnienia czy osoba ta pełniła funkcję Inżyniera Projektu na wskazanych kontraktach.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ złożona przez odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według określonych w siwz kryteriów oceny ofert, a tylko wskutek naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty z dnia 16 grudnia 2016r.;
- dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, ewentualnie wezwanie do wyjaśnień;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami ppkt 8.4.2. IDW, zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali m.in. Inżynierem Rezydentem w Zespole stałym Kontraktu nr 2, który spełnia następujące wymagania:

- wyszkolenie wyższe techniczne;
- uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i/lub specjalności, inżynierskiej mostowej i/lub specjalności drogowej i/lub konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z Ustawą Prawo Budowlane;
- w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do dnia wszczęcia postępowania zdobył minimum 5 lat doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych realizowanych; w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub 5 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru.

Odwołujący, na przedmiotowe stanowisko wskazał S.J., co do którego zamawiający uznał, że nie spełnia on warunku dot. posiadania 5 lat doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych, realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe oraz nie posiada 2 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub 5 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru.

W treści uzasadnienia wykluczenia, zamawiający wskazał:

- „Pierwsza usługa tj.: „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków-Rzeszów w ramach projektu POIiŚ 7.1-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków-Rzeszów, etap III” - roboty dodatkowe i uzupełniające. Zadanie realizowane na warunkach kontraktowych FIDIC”, gdzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki

Inżyniera Projektu w okresie od marca 2015r. do terminu składania ofert. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem przedmiotowe zadanie nie było prowadzona w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Z informacji przekazanej zamawiającemu przez Zespół Projektowy realizujący inwestycje na linii E 30 wynika, że roboty dodatkowe i uzupełniające były prowadzone na gruncie umowy

cywilistycznej, a warunki kontraktowe FIDIC nie miały zastosowania

- Trzecia usługa t.j. „Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice”. Projekt realizowany zgodnie z warunkami FIDIC” odzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu/ Inżyniera Projektu w okresie od maja 2010r. do czerwca 2012r. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem z informacji będącej w dyspozycji zamawiającego wynika, że Pan J. nie wykonywał czynności Inżyniera Projektu. Przy realizacji tego projektu funkcję Inżyniera Projektu pełnił Pan J.W..
- Czwarta usługa t.j.: „Kompleksowe wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadań: 3.7, 3.9, 4.4 - Przebudowa torowisk tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - Etap III A.” gdzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu/ Inżyniera Projektu w okresie od listopada 2010r. do września 2011r. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem przedstawiona powyżej usługa nie jest związana z realizacją projektu kolejowego.
- Piąta usługa t.j.: „Modernizacja linii kolejowej E-65 Warszawa-Gdynia na odcinku od km 287,700 (na szlaku Szymankowo-Lisewo do km 315,700 (na szlaku Pszczółki-Pruszcz Gdański - roboty budowlane na szlaku Szymankowo-Lisewo i Tczew-Pszczółki. Zadanie realizowane na Warunkach kontraktowych FIDIC, „gdzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu/Inżyniera Projektu w okresie od kwietnia 2009r. do grudnia 2010r. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem z informacji będącej w dyspozycji zamawiającego wynika, że Pan J. nie wykonywał czynności Inżyniera Projektu. Przy realizacji tego projektu funkcję Inżyniera Projektu pełnił Pan Andrzej Kornacki.
- Szósta usługa t.j.: LOT B - modernizacja szlaków: Legionowo - Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki - Modlin; Modlin - Nasielsk - Nasielsk - Świercze w ramach projektu: „Modernizacja linii kolejowej E-65. odcinek Warszawa - Gdynia, etap II” w Polsce - roboty budowlane na szlaku Legionowo - Nowy Dwór Mazowiecki i Nasielsk - Świercze. Zadanie realizowane na warunkach kontraktowych FIDIC.” gdzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu/Inżyniera Projektu w okresie od

listopada 2008r. do października 2010r. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem z informacji będącej w dyspozycji zamawiającego wynika, że Pan J. nie wykonywał czynności Inżyniera Projektu. Przy realizacji tego projektu funkcję Inżyniera Projektu pełnił Pan A.K..

- Siódma usługa t.j.: „Modernizacja linii kolejowej nr 9 na odcinku Warszawa Wschodnia (km 4,254) - Legionowo i km 23,600) oraz stacji Nasielsk (58,40)- 61,100) w ramach projektu: „Modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa - Gdynia, etap II” - kompleksowa przebudowa stacji Nasielsk. Zadanie realizowane na Warunkach kontraktowych FIDIC.” gdzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu/Inżyniera Projektu w okresie od maja 2007r. do października 2010r. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem z informacji będącej w dyspozycji zamawiającego wynika, że Pan J. nie wykonywał czynności Inżyniera Projektu. Przy realizacji tego projektu funkcję Inżyniera Projektu pełnił Pan A.K..

Niezależnie od powyższego, zamawiający zauważył, że Pan Stanisław J. nie pełnił wymienionych w wykazie funkcji przy realizacji wyżej wymienionych projektów inwestycyjnych. W strukturach wykonawcy robót budowlanych tj. Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o. o. był Dyrektorem Biura Kontraktów, a charakter jego czynności i obowiązków był związany z koordynacją działań przedsiębiorstwa na poszczególnych projektach, co nie wiązało się z bezpośrednimi pracami na realizowanym projekcie. Istotnym elementem jest również dla zamawiającego fakt, iż projekty, w których doświadczenie wykazał Pan J., były realizowane przez wykonawcę robót budowlanych, a więc poza zakresem nadzoru inwestorskiego nad realizacją tych robót.

W związku z powyższym zamawiający jednoznacznie stwierdził, że Pan Stanisław J. desygnowany Inżyniera Rezydenta - Kontraktu nr 2 nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie minimum 5 lat doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub

Inżyniera Rezydenta lub 5 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru."

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje stanowiska zamawiającego w zakresie doświadczenia dot. przebudowy torowisk tramwajowych. Natomiast w pozostałym zakresie, gdzie zamawiający nie uznał wykazanego doświadczenia, odwołujący podniósł co następuje:

W zakresie usługi dot. nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków - Rzeszów w ramach projektu POIiŚ 7.1-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C- E30 odcinek Kraków - Rzeszów, etap III” - roboty dodatkowe i uzupełniające, zamawiający uznał, że roboty dodatkowe i uzupełniające nie były realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z takim stanowiskiem. Nadzór nad tymi robotami sprawowało Konsorcjum K., które zatrudniało S.J.. Nadzór był sprawowany na podstawie umowy nr 90/132/0005/1 I/VI. Z postanowień tej umowy - § 1 ust. 2 pkt 2 wynika wprost, że zakres prac Konsorcjum jest określony m.in. w "Warunkach Kontraktu na urządzenia I budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych I mechanicznych oraz dla robot budowlanych I inżynierskich projektowanych przez wykonawcę". Jako dowód odwołujący powołał cztery strony Umowy nr 90/132/0005/1 I/VI.

Konsorcjum nie miało innej umowy na nadzorowanie robót dodatkowych i uzupełniających i wykonywał nadzór nad tymi robotami zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC, wydając m.in. przejściowe świadectwa płatności, które są charakterystyczne dla FIDIC.

W związku z powyższym w ocenie odwołującego należy uznać, że usługa ta spełnia wymagania określone w siwz i zamawiający winien zaliczyć odwołującemu co najmniej 17 miesięcy (03.2015r, do dnia upływu terminu do składania ofert).

Odnosnie pozostałych usług, za wyjątkiem przebudowy torowisk tramwajowych, generalnie zarzut zamawiającego sprowadza się do wskazania, że Stanisław J. nie pełnił na tych kontraktach funkcji Inżyniera Projektu lecz był Dyrektorem Biura Kontraktów z ramienia wykonawcy robót budowlanych, a więc poza zakresem nadzoru inwestorskiego, co nie odpowiada postanowieniom siwz. Odwołujący nie zgodził się z takim stanowiskiem.

Podkreślił, że w treści siwz, jak również w pytaniach i odpowiedziach, nie zdefiniowano co zamawiający rozumie pod pojęciem Inżyniera Projektu. O ile pojęcia Inżynier Rezydent i Inspektor Nadzoru są zdefiniowane odpowiednio w warunkach kontraktowych FIDIC i Prawie budowlanym, to Inżynier Projektu nie posiada takiej definicji. Dodatkowo podniósł, że zamawiający nie wskazał w opisie warunku udziału w postępowaniu, że osoba wskazana na to stanowisko musi wykazać się doświadczeniem nabytym wyłącznie po stronie nadzoru. Z analizy warunku wprost wynika, że kluczowym jest posiadanie doświadczenia-przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC (bez znaczenia czy jest to wykonawca robót, Inżynier czy inwestor), a także aby osoba pełniła na tych kontraktach funkcje nadzorcze lub zarządzające.

Zamawiający, zdaniem odwołującego, nie kwestionuje, że Stanisław J. pełnił na tych kontraktach funkcje nadzorcze i zarządzające, a jedynie zarzuca, że jego czynności były poza zakresem nadzoru inwestorskiego nad realizacją tych robót. Zdaniem odwołującego z opisu warunku udziału w postępowaniu absolutnie nie wynika taki warunek, w związku z czym zamawiający winien zaliczyć doświadczenie wskazane na tych kontraktach, które wynosi ponad wymagane 5 lat w zakresie FIDIC oraz ponad 2 lata na stanowisku Inżyniera Projektu.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że okoliczności te zamawiający winien wyjaśnić w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności winien wyjaśnić czy faktycznie osoba ta pełniła funkcje nadzorcze i zarządzające na wskazanych kontraktach. Tym samym zamawiający winien uznać, że odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, to zamawiający odpowiada za prawidłowe opisanie warunków udziału w postępowaniu i to on ponosi negatywne konsekwencje ewentualnych braków bądź niejasności w tym zakresie.

Konsekwencją takiego stanowiska jest brak podstaw do wykluczenia i konieczność unieważnienia dokonanego wyboru oferty, gdyż oferta S. po przywróceniu odwołującego nie jest najkorzystniejszą w świetle postanowień siwz, i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 29 grudnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca S. S.A.S. z siedzibą we Francji w N., (...) wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w tym, aby decyzja zamawiającego nie uległa zmianie, gdyż tylko wówczas ma szansę na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 listopada 2016r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego przystępującego, zgodnie z wyciągiem z Rejestru Handlowego i Spółek Sądu Handlowego w N.. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 29 grudnia 2016r.

Zamawiający i przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania złożyli odpowiednio odpowiedź na odwołanie i pismo uczestnika postępowania wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym z treści siwz oferty odwołującego, wezwania zamawiającego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i udzielonej odpowiedzi, informacji o wyniku postępowania, załączonego do odwołania wyciągu z umowy, a także dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, złożonych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że :

W pkt. 8.4. siwz zamawiający ustalił następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu tj. w:

8.4.2. w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dysponowaniem osobami wchodzącymi w skład stałego zespołu inżyniera, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

Zespół stały kontraktu nr 2

1 osoba - inżynier rezydent

-wykształcenie wyższe techniczne;

-uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i/lub specjalności inżynierskiej mostowej i/lub specjalności drogowej i/lub konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z ustawą prawo budowlane;

-w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do dnia wszczęcia postępowania zdobył minimum 5 lat doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku inżyniera projektu lub inżyniera rezydenta lub 5 lat na stanowisku inspektora nadzoru.

Zamawiający nie dopuszczał wskazywania się przez wykonawców w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.

Zgodnie z pkt. 9 siwz dokumentem, jaki powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w punkcie 8 IDW było:

9.1.4 dokumenty w celu potwierdzenia spełniania warunków szczegółowych określonych w punkcie 8.2.3. idw,

a) potencjał kadrowy obejmujący:

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami;

- oświadczenie potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień przez osoby wymienione w tabeli w punkcie 8.4.2 idw – (sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 4 do IDW).

Przez uprawnienia budowlane, o których mowa powyżej zamawiający rozumiał uprawnienia, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (tj. dz. u. z 2013 r. nr poz. 1409 ze zm.) oraz w „rozporządzeniu ministra infrastruktury i rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (dz. u. poz. 1278)” lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio

obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich unii europejskiej (dz. u. z 2008 r. nr 63, poz. 394 ze zm.) lub zamierzający świadczyć usługi transgraniczne w rozumieniu przepisów tej ustawy oraz art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa lub urbanistów (dz. u. z 2013 r. , poz. 923 ze zm.). Te wymagania w wyniku modyfikacji treści siwz nie uległy zmianie, a odwołujący i zamawiający zgodnie przytaczają treść postanowionego warunku, sporna natomiast jest ocena wykazu osób złożonego przez odwołującego przez pryzmat tego warunku. Nadto Izba ustaliła, że Z siwz pkt. 8.2.4 wynika, że zamawiający co do osoby Inżyniera Projektu postawił następujące wymagania:

- wyszkolenie wyższe;
- minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi;
- w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do dnia wszczęcia postępowania zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, na stanowiskach, o których mowa powyżej, na minimum 2 inwestycjach infrastruktury transportowej w tym przynajmniej 1 dotyczącej infrastruktury kolejowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej) realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe ,

W ramach wykazu osób oczekiwał opisanego doświadczenia w tym: Nazwa i adres firmy, Okres trwania od data (m-c, rok) - do data (m-c, rok) (wykonanej usługi), Zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi), Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług), Stanowisko, na które osoba jest proponowana, Podstawa dysponowania (np. umowa o pracę lub inny stosunek cywilno-prawny potwierdzający bezpośrednią dysponowanie).

Z § 1 wzoru umowy wynikają następujące definicje:

4) FIDIC - „Warunki Kontraktu na budowę dla Robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko – polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999;

11) Kontrakt – inwestycja realizowana przez Wykonawcę Robót, na podstawie Umowy na Roboty;

22) Projekt – zamierzenie inwestycyjne pn. „Prace na linii kolejowej E 20 na odcinku Warszawa – Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew - Swarzędz”, współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, której zakres określony został w Umowie o dofinansowanie;

31) Usługa – czynności, które zobowiązany jest wykonać Wykonawca stosownie do postanowień Umowy, w tym także wszelkich dokumentów stanowiących integralną część Umowy, polegające w szczególności na Zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzorze nad Zadaniem Inwestycyjnym, a także współpracy z Zamawiającym, w tym wsparcia w prowadzeniu postępowań przetargowych na wyłonienie Wykonawcy Robót

34) Wykonawca lub Inżynier – osoba prawna, osoba fizyczna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, z którą Zamawiający zawarł Umowę po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Usługi. Zapisy dotyczące Wykonawcy stosuje się odpowiednio również do Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum);

Według § 2 ust. 2 zakres zamówienia obejmuje udzielanie wsparcia Zamawiającemu w toku prowadzenia postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót każdego z Kontraktów wskazanych w ust. 1, zarządzanie i pełnienie nadzoru nad wykonaniem dokumentacji projektowej, realizacją Robót oraz w okresie zgłaszania wad zgodnie z SWK i OWK, na warunkach określonych w SIWZ, Ofercie Wykonawcy oraz niniejszej Umowie. W razie wątpliwości poczytuje się, że Wykonawca świadczy Usługę nad całością Robót, tj. nad wszelkimi czynnościami faktycznymi i prawnymi każdego z Wykonawców Robót zmierzającymi do realizacji Kontraktów, bez względu na źródło obowiązku prawnego Wykonawców Robót.

Zgodnie z § 9 ust. 9 zamawiający zastrzegł, iż osoby:

- 1) Inżyniera Projektu;
- 2) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 1;

- 3) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 2;
- 4) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 3,
- 5) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 4,
- 6) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 5,6,7,8,
- 7) Inżyniera Rezydenta Kontraktu nr 9,

nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

W TOM III OPZ znajdują się następujące postanowienia:

2.2. Cel zamówienia

2.2.1 Celem niniejszego zamówienia jest Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Zadania inwestycyjnego, w szczególności:

- a) Wsparcie Zamawiającego na Etapie prowadzenia postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót/Wykonawców Robót;
 - b) Pełnienie funkcji Inżyniera zgodnie z Umową oraz warunkami kontraktowymi FIDIC ;
 - c) Zarządzanie rzeczowo-finansowe, w szczególności kompleksowa obsługa Kontraktów w zakresie ich rozliczania, monitoringu i sprawozdawczości rzeczowo-finansowej;
 - d) Zarządzanie techniczne, w tym wykonywanie obowiązków Inspektora nadzoru inwestorskiego dla Kontraktów;
 - e) Zarządzanie w tym koordynacja wszystkich Kontraktów zawartych w ramach Projektu;
- Zgodnie z pkt. 4.1.1. pkt. 15 OPZ do obowiązków osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji „Inżyniera Projektu” będzie należało w szczególności rozpatrywanie roszczeń Wykonawcy Robót, ich szczegółowa analiza w świetle postanowień Kontraktu i obowiązującego prawa, przedstawienie Zamawiającemu w formie Raportu roszczenia uzasadnionego stanowiska wraz ze wszystkimi dokumentami dotyczącymi roszczenia, w szczególności z analizami wykonanymi przez Inżyniera oraz przygotowanie uzgodnionego z Zamawiającym stanowiska dla Wykonawcy Robót.

W myśl pkt. 4.2.3 OPZ wykonawca jest zobowiązany nadzorować prowadzenie Nadzoru Autorskiego, weryfikować i akceptować działania projektanta, o których mowa w art 20 ustawy - Prawo budowlane. Dokumenty Wykonawcy Robót skierowane do realizacji Inżynier zobowiązany jest opatrzyć pieczęcią „Do realizacji” wraz z podpisem Inżyniera Projektu bądź osoby przez niego upoważnionej.

Zgodnie z 4.2.9. pkt. 3 OPZ dokonywania odbiorów Robót zanikających i ulegających zakryciu i odbiorów częściowych, organizowania i uczestniczenia w wykonywaniu w odbiorów eksploatacyjnych, końcowych i ostatecznych, z udziałem i w uzgodnieniu z użytkownikami (Zakładem Linii Kolejowych) oraz Zamawiającym; Na życzenie Zamawiającego uprawniona osoba z Zespołu Inżyniera lub Inżynier Projektu, może być zobowiązana do pełnienia funkcji przewodniczącego wszelkich komisji odbiorowych; Do obowiązków Inżyniera Projektu należy także zgodnie z pkt. 5.1.4. OPZ Raporty techniczne sporządzane w terminie 10 Dni od przekazanego Inżynierowi na piśmie żądania Zamawiającego sporządzenia takiego Raportu.

Raport ten będzie informował o problemach technicznych, jakie wystąpiły w trakcie opracowania Dokumentów Wykonawcy Robót i realizacji Robót. Taki Raport będzie wymagany, kiedy wystąpią poważne trudności w realizacji Robót

W przypadkach wystąpienia badań laboratoryjnych, dla których wyniki badań są niezgodne ze Specyfikacjami Technicznymi, Wykonawca sporządzi Raport Techniczny, w którym

przedstawi przyjęty sposób rozwiązania danego problemu. Omówione w nim będą wszystkie te stanowiska, na podstawie których Inżynier Projektu podjął określoną decyzję.

Raporty Opatrzony podpisem Inżyniera Projektu będą dostarczane do Zamawiającego drogą elektroniczną (skan) w następnym dniu roboczym po tygodniu, którego dany Raport dotyczy.

Zgodnie z pkt. 5.2. Zasady przedkładania Raportów i innych dokumentów - Wszystkie Raporty, zestawienia, dokumenty itp. przekazywane przez Inżyniera wymagają podpisu Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta.

Wymagane Raporty (poza Raportami dobowymi i tygodniowymi których opatrzony podpisem skan dopuszcza się przekazywać drogą elektroniczną) zostaną przygotowane w 3

egzemplarzach w formie uzgodnionej z Zamawiającym, a ich strony tytułowe wyraźnie wskazały, że Umowa jest współfinansowana w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert Izba ustaliła, że oferta odwołującego była najkorzystniejsza w kryterium cenowym, zaś w pozostałych dwóch kryteriach oferowała identyczne warunki jak oferta S..

W ofercie odwołującego nie było załączka nr 4 do IDW.

W dniu 14 września 2016r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wykazu osób.

W dniu 22 września 2016r. odwołujący złożył wykaz zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa i dla Kontraktu 2 – zespół stały wskazał na stanowisko Inżyniera Rezydenta – S.J. wskazując, iż posiada on doświadczenie:

1. 03.2015 – obecnie jako inżynier projektu „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków- Rzeszów w ramach projektu POLiŚ 7.1-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków-Rzeszów, etap III” - roboty dodatkowe i uzupełniające. Zadanie realizowane na warunkach kontraktowych FIDIC"
- 2.
3. 05.2010-06.2012 Dyrektor Kontraktu/Inżynier Projektu „Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice". Projekt realizowany zgodnie z warunkami FIDIC"
4. 11.2010-09.2011 Dyrektor Kontraktu/Inżynier Projektu „Kompleksowe wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadań: 3.7, 3.9, 4.4 - Przebudowa torowisk tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - Etap III A."

-
5. 04.2009-12.2010 Dyrektor Kontraktu/Inżynier Projektu „Modernizacja linii kolejowej E-65 Warszawa-Gdynia na odcinku od km 287,700 (na szlaku Szymankowo-Lisewo do km 315,700 (na szlaku Pszczółki-Pruszcz Gdański - roboty budowlane na szlaku Szymankowo-Lisewo i Tczew-Pszczółki. Zadanie realizowane na Warunkach kontraktowych FIDIC,
 6. 11.2008-20.2010 Dyrektor Kontraktu/Inżynier Projektu LOT B - modernizacja szlaków: Legionowo - Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki - Modlin; Modlin - Nasielsk - Nasielsk - Świercze w ramach projektu: „Modernizacja linii kolejowej E-65. odcinek Warszawa - Gdynia, etap II" w Polsce - roboty budowlane na szlaku Legionowo - Nowy Dwór Mazowiecki i Nasielsk - Świercze. Zadanie realizowane na warunkach kontraktowych FIDIC."
 7. 05.2007-10.2010 Dyrektor Kontraktu/Inżynier Projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 9 na odcinku Warszawa Wschodnia (km 4,254) - Legionowo i km 23,600) oraz stacji Nasielsk (58,400- 61,100) w ramach projektu: „ Modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa - Gdynia, etap II" - kompleksowa przebudowa stacji Nasielsk. Zadanie realizowane na Warunkach kontraktowych FIDIC." gdzie, jak wykazał Wykonawca, Pan J. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu/Inżyniera Projektu w okresie od maja 2007r. do października 2010r. zamawiający nie może uwzględnić i zaakceptować tego okresu doświadczenia, bowiem z informacji będącej w dyspozycji zamawiającego wynika, że Pan J. nie wykonywał czynności Inżyniera Projektu. Przy realizacji tego projektu funkcję Inżyniera Projektu pełnił Pan A.K..

W ocenie Izby te informacje nie mogą obecnie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zostały podane w jawnym odwołaniu przez samego odwołującego.

Izba ustaliła, iż w dokumentacji postępowania dwaj inni wykonawcy na stanowisko Inżyniera Rezydenta zaproponowali p. J.ego i obu tych wykonawców zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów podnosząc, że pierwsze wskazane doświadczenie tej osoby nie spełnia warunku udziału, gdyż umowa nie była realizowana w oparciu o standardowe warunki kontraktowe FIDIC, zaś poz. 3, 4, 5 u obu wykonawców, a u jednego także 6 i 7 w rubryce „zajmowane stanowisko” wskazano Dyrektor Kontraktu/Inżynier Projektu”, a zamawiający podniósł, że projekty te były realizowane przez wykonawcę robót budowlanych, a więc poza zakresem nadzoru inwestorskiego nad realizacją tych robót.

Obaj wykonawcy złożyli uzupełnione wykazy osób wskazując inne osoby na stanowisko Inżyniera Rezydenta.

Z umowy nr 90/132/0005/11/II na pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E-30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów wynika, że zgodnie z § 1 ust. 1 zamawiający zlecił prowadzenie czynności związanych z nadzorem inwestorskim procesu budowlanego. Z ust.

2 tegoż paragrafu pkt. 2 wynika, że zakres prac związanych z nadzorem inwestorskim procesu budowlanego jest określony w „Warunkach Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” FIDIC „żółty” tłumaczenie wydania 1999r. wydane przez Cosmopoli Consultants) wraz z Warunkami Szczegółowymi stanowiącymi załączniku do umów o roboty budowlane. Zgodnie z §3 ust. 1 pkt. 2 nadzór w okresie projektowania i realizacji robót budowlanych miał trwać nie dłużej niż do 31 grudnia 2014r. Nadzór w okresie gwarancji – 12 miesięcy od zakończenia nadzoru w okresie projektowania i realizacji robót budowlanych. Ostateczne rozliczenie umowy – 2 miesiące od zakończenia nadzoru w okresie gwarancji tj. do 29 lutego 2016r. W § 4 ust. 2 w ramach obowiązków wykonawcy przewidziano stały zespół wykonawcy obejmujący m. in. Inżyniera Projektu i Inżynierów Rezydentów.

Z OPZ na pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30-C-E30 odcinek Kraków Rzeszów z pkt. 1.3., 2.2 wprost wynika, że dotyczy on etapu III. Z Pkt. 2.2. wynika, że usługa obejmuje nadzór, administrowanie i koordynację realizacji umów (w tym umów na roboty dodatkowe, uzupełniające, zamiennie), jakie będą podpisane z wykonawcami robót i polega na pełnieniu funkcji Inżyniera zgodnie z „Warunkami Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę wraz z Warunkami Szczegółowymi stanowiącymi załączniku do umów o roboty budowlane, wykonywaniu nadzoru inwestorskiego, prowadzeniu spraw związanych z umowami przyłączeniowymi dotyczącymi wykonania robót linii trakcyjnej, prowadzeniu spraw związanych z przygotowaniem danych niezbędnych do wykonywania analiz porealizacyjnych, koordynacji realizacji umów zawartych na wykonanie prac modernizacyjnych całego odcinka objętego projektem, współpracy z Dyrektorem Projektu, jego Zastępcami, oraz Kierownikami Kontraktów w ramach realizacji projektu, przygotowywaniu rozliczenia inwestycji, reprezentowaniu zamawiającego w razie potrzeby w urzędach i wobec innych uczestników projektu. W pkt. 3.3. Założenia do realizacji robót zamawiający szczególnie wskazał obowiązki Inżyniera Projektu związane z nadzorem nad wykonywanie robót obejmujących zasilanie sieci trakcyjnej realizowane w ramach umów przyłączeniowych, które zostały wyszczególnione w pkt. 4.2.2. pkt. 16., 37, 40-45 i są to koordynowanie wszystkich zamknięć torowych w celu dotrzymania terminów umownych dla wszystkich umów objętych nadzorem, wykonanie dokumentacji fotograficznej pokazującej wykonane roboty, zastosowane rozwiązania, sposób prowadzenia robót (szczególnie na potrzeby udowodnienia realizacji zaleceń decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach), opiniowanie i uzgadnianie projektów umów przyłączeniowych z załącznikami dotyczących wykonania robót obejmujących zasilanie sieci trakcyjnej,

Monitorowanie postępu prac, opiniowanie i uzgadnianie projektów budowlanych opracowywanych na podstawie umów przyłączeniowych, udział w zespołach dokonujących odbiory techniczne, weryfikacja faktur z załącznikami obciążających zamawiającego opłatą przyłączeniową, przygotowywanie i przekazania zamawiającemu kompletnej dokumentacji w zakresie prowadzenia spraw związanych z umowami przyłączeniowymi. W pkt. 5.1.1. Zamawiający wymagał stałego zespołu Inżyniera w tym Inżyniera Projektu i Inżynierów Rezydentów i dla tych stanowisk wymagał w pkt. 5.2. dla Inżyniera Projektu – minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenia w zarządzaniu minimum 1 projektem z zakresu budownictwa kolejowego realizowanym zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi, a dla Inżyniera Rezydenta, - minimum 2 lata doświadczenia w pracy wg zasad FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi na stanowisku Inżyniera Projektu, Inżyniera Rezydenta lub Inspektora Nadzoru, uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w jednej ze specjalności : konstrukcyjno-

budowlanej, mostowej lub kolejowej. Zamawiający dopuścił możliwość równoległej pracy stałego zespołu na wcześniejszych kontraktach, tylko jeśli jest to praca odnosząca się do okresu zgłaszania wad i zakazał łączenia stanowisk. Zamawiający przewidział dla poszczególnych kontraktów na roboty budowlane możliwość udzielania zamówień uzupełniających.

Z przejściowych świadectw płatności wynika, że trzy z nich są jednobrzmiące i dotyczą one umowy nr 90/132/0029/13/II i pochodzą z daty 30 listopada 2016r. i w tych świadectwach podpisał się jako Inżynier Projektu – p. J. dotyczą one projektowania, budowy dróg i sieci oraz usuwania kolizji sieci z modernizacją linii nr 91, a jedno dotyczy umowy nr 90/132/0019/13/II i pochodzi z dnia 10 września 2015r. oraz dotyczy zaprojektowania i wykonania robót budowlanych oraz pozyskania niezbędnych decyzji administracyjnych w celu usunięcia kolizji istniejących sieci sanitarnych i gazociągowych z linią kolejową nr 91 i p. J. opieczetował się pieczęcią Inżyniera Projektu.

Z DZUUE nr 2015/S 034-058478 z dnia 18 lutego 2015r. - Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – wynika, że zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki Udzielenie uzupełniającego zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o Ustawę z 29.1.2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 poz. 907 z późn. zmianami) art. 67ust. 1 pkt 6, do zamówienia podstawowego pn. „Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów” – umowa nr 90/132/0005/11/II z 31.08.2011 r., na pełnienie nadzoru nadwykonaniem prac projektowych/robót budowlanych w zakresie wykonania:

1. wzmocnienia podtorza kolejowego na odcinku Podłęże – Bochnia w km 16,200 - 39,000 – Umowa nr90/132/0014/13/II z 26.8.2013;
2. wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Sędziszów Małopolski - Trzciana w km 133,600 do km 142,400–Umowa nr 90/132/0002/14/II z 24.2.2014;
3. dokumentacji projektowej dla obiektów inżynierskich w km 18,442; 22,412; 20,493; 20,497; 34,330 oraz robót budowlanych dla obiektu inżynierskiego w km 18,442 – Umowa nr 90/132/0010/13/II z 25.6.2013;
4. robót w stacji Brzesko Okocim umożliwiających jazdy manewrowe po torach nr 1, 2, 4, 101, 102, 104 – Umowa nr 90/132/0011/13/II z dnia 21.1.2014;
5. robót umożliwiających jazdy manewrowe w stacji Podłęże po torach 1, 2, 101, w stacji Kłaj po torze 1 oraz w stacji Bochnia po torach 1, 2, 3 – Umowa nr 90/132/0012/13/II z 21.8.2013;
6. zaprojektowania i wykonania robót budowlanych oraz pozyskania niezbędnych decyzji administracyjnych mających na celu usunięcie kolizji istniejących sieci sanitarnych i gazociągowych z linią kolejową nr 91 Kraków – Medyka – granica państwa na odcinku Podłęże – Bochnia w km 16,000 – 39,000 – Umowa nr90/132/0019/13/II z 31.10.2013;
7. robót budowlanych dla obiektów inżynierskich w km 22,412; 20,493; 20,497; 34,330 – Umowa nr90/132/0020/13/II z 31.10.2013.

Co pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem odwołującego, że umowy dodatkowe i uzupełniające były realizowane na podstawie jednej umowy na pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów, gdyż z tego ogłoszenia wynika wprost, że dla przejściowego świadectwa płatności do umowy nr 90/132/0019/13/II ma zastosowanie umowa zawarta zgodnie z informacją w DZUUE powołanym wyżej.

Natomiast dwie z trzech umowy złożone przez zamawiającego o numerach 90/132/0012/13/II i 90/132/0010/13/II to umowy również objęte nadzorem wynikającym z umowy zawartej zgodnie z informacją we wskazanym DZUUE. W obu tych umowach ani w §1 i 2 stanowiących opis przedmiotu zamówienia, ani w § 17 (odpowiednio §15) odnoszącym się do spraw nieuregulowanych umową nie ma odwołania do warunków kontraktowania FIDIC. Co do umowy nr 90/132/0028/13/II, to nie jest ona objęta ogłoszeniem powołanym wyżej, ale również nie odwołuje się do warunków kontraktowych FIDIC.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba ustaliła, że nie są wiarygodne wyjaśnienia odwołującego, że skoro w umowie głównej o nadzór było odwołanie do sprawowania nadzoru zgodnie z warunkami kontraktowania FIDIC, to również umowy dodatkowe i uzupełniające na nadzór zawierały taki obowiązek po stronie Inżyniera. Z powołanego przez przystępującego ogłoszenia wynika bowiem wprost, że zamawiający zawierał odrębne od umowy głównej umowy o nadzór dla robót uzupełniających i co najmniej umowy 0010, 0012 i 0019 były

objęte osobną umową o nadzór, a umowy 0019 odwołujący nie przedstawił w celu wykazania, że były tam wymagania odnoszące się do warunków kontraktowania FIDIC, zaś z umów 0010 i 0012 wynika, że w 2 umowach wykonawczych w ramach jednej umowy nadzoru takich wymagań dla wykonawcy robót nie było. Izba uznała za nieudowodnione wyjaśnienia odwołującego, że był on w ramach nadzoru zobowiązany z rygiorem wynikającym z FIDIC, gdyż nie przedstawiono ani umowy o nadzór nad robotami dodatkowymi czy uzupełniającymi, którymi zarządzał p. J., a które nakładały na niego obowiązki Inżyniera w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC – do umowy nr 0019, ani nie wykazał, że umowa nr 0029 była realizowana na podstawie umowy o nadzór główny, a przystępujący skutecznie podważył wiarygodność takiego oświadczenia. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że sam fakt wystawiania PŚP nie musi świadczyć o nałożeniu na Inżyniera obowiązków z warunków kontraktowych FIDIC, rozstrzygające są w tym zakresie bowiem postanowienia umowy o nadzór na co zresztą wskazywał sam odwołujący. Z postanowień umów wykonawczych nr 0010 i 0012 nie wynika, że płatności będą następować po wystawieniu PŚP, ale na podstawie protokołów odbioru, a w ocenie Izby nie można logicznie założyć, że jeden nadzór dla umów 0010, 0012 i 0019 statuował różne zasady uznawania roszczeń wykonawcy robót przez tego samego Inżyniera. W ramach zadania pn. Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 Toruń – Wschodni-Malbork na odcinku Toruń Wschodni – Grudziądz – etap I obejmujący odcinek Chelmża – Grudziądz w ramach RPO Woj. Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007-2013 wynika, że:

W pkt. 2.2. zamawiający wskazał, że głównym zadaniem wykonawcy, zwanego dalej Inżynierem, jest nadzór w imieniu zamawiającego nad realizacją inwestycji związanej w opisanym wyżej projektem, usługa obejmuje nadzór, administrowanie i koordynację w imieniu zamawiającego realizacji kontraktu tj. realizacji umowy zawartej z wykonawcą opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót budowlanych w systemie „projektuj – buduj” wyłonionym w ramach odrębnego postępowania, w okresie projektowania inwestycji, budowy i w okresie zgłaszania wad wraz z rozliczeniem końcowym i polega m. in. na pełnieniu funkcji inżyniera zgodnie z warunkami kontraktu na urządzeniu i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę (tzw. żółty FIDIC). Zgodnie z pkt. 3.4. Zakończenie finansowe realizacji projektu ustalone jest na dzień 31 grudnia 2014r. Pkt. 5.1. zawiera definicje i podano tam, że Inżynier, Inżynier Kontraktu, Inżynier Projektu – pełni w imieniu zamawiającego nadzór inwestorski, administrowanie, koordynację i kontrolę nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi, zaś Dyrektor Oddziału/Kierownik Kontraktu – reprezentuje zamawiającego w stosunku do wykonawcy robót oraz Inżyniera pełniącego nadzór i kontrolę nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi. Zgodnie z pkt. 5.2.3.

Inżynier jest w pełni odpowiedzialny za właściwy dobór personelu. Powyższy personel podlega wyłącznie Inżynierowi Projektu. .

W pkt. 5.2.1 zamawiający określił minimalne wymagania dla Inżyniera Projektu – wykształcenie wyższe, techniczne, oraz minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego realizowanym zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi, natomiast Inżynier Rezydent musi posiadać wykształcenie wyższe techniczne oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, a także posiadać :

- a) Minimum 3 lata doświadczenia w pracy wg warunków kontraktu FIDIC lub innych standardowych warunków kontraktowych, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum 1 projektem z zakresu budownictwa kolejowego realizowanym zgodnie z FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi, na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub
- b) minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru Inwestorskiego lub Kierownika Budowy przy budowie, przebudowie lub modernizacji lub remoncie infrastruktury kolejowej, realizowanej zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt. 2 zakres prac związanych z nadzorem i pełnieniem funkcji Inżyniera prac projektowych i procesu budowlanego jest określonych w „żółtym” FIDIC. W dniu 26 listopada 2013r. firma SGS Polska sp. z o.o. wnioskuje o zmianę na stanowisku Inżyniera Projektu na p. J.ego załączając opis jego doświadczenia, który

odpowiadał usługom 3-6 spornego wykazu osób według odwołania. Pan J. 3 grudnia 2013r. został zaakceptowany na stanowisko Inżyniera Projektu.

Z wydruku ze strony internetowej eld2.pl wynika, że Inżynier Projektu ma m. in. opracowywać siwz na dostawę urządzeń i realizację przedsięwzięcia, prowadzić procedury wyboru i przedstawiać inwestorowi rekomendacje dotyczące wyboru oferenta na dostawę urządzeń i realizację inwestycji, sprawować funkcję nadzoru inwestorskiego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Dowód ten w ocenie Izby nie służy wykazaniu tezy, że czynności Inżyniera Projektu odpowiadają czynnościom osób zarządzających danym kontraktem po stronie wykonawcy robót, gdyż z przedstawionego dowodu wynika, że ma być to stanowisko oderwane od zamawiającego i wykonawcy robót, bezzstronne i obiektywne i ma służyć zamawiającemu – inwestorowi w wyborze wykonawcy, a następnie jego czynności nadzorować.

Z oświadczenia własnego p. J.ego wynika, że w Przedsiębiorstwie Napraw Infrastruktury pełnił on funkcję Dyrektora Biura Kontraktów – co pomiędzy stronami jest bezsporne na

kontraktach odpowiadających pozycjom usług nr 3, 5,6,7 według odwołania. Pan J. wskazał jako zakres obowiązków:

- bezpośrednie nadzorowanie wykonania kontraktów,
- koordynowanie harmonogramów, monitorowanie i analizowanie postępu robót,
- identyfikowanie zagrożeń dotyczących realizacji kontraktów,
- zarządzenia kontraktami w ujęciu rzeczowo-finansowym,
- koordynowanie i optymalizowanie budżetów,
- rozliczanie kontraktów,
- współpraca z członkami zespołów projektów,
- nadzorował dokumentację, w tym sprawozdawczość,
- identyfikował ryzyka powstania roszczeń, analizował i rozpatrywał roszczenia, w szczególności w ujęciu przepisów prawa i postanowień kontraktów,
- zarządzał jakością kontraktów,
- nadzorował przestrzegania zasad bezpieczeństwa.

Z referencji Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury sp. z o.o. wynika, że Pan J. pełnił w spółce funkcję dyrektora ds. technicznych i dyrektora biura kontraktów i w latach 2007-2012 zarządzał portfelem kontraktów strategicznych dla spółki. Kontrakty, którymi zarządzał odpowiadając m. in. usługom wskazanym jako 3 - 7 w odwołaniu. Kontrakty te były realizowane według warunków kontraktu FIDIC. Reprezentował spółkę przed organami administracji rządowej, samorządowej, instytucjami, osobami fizycznymi, prawnymi, jednostkami organizacyjnymi nie posiadającymi osobowości prawnej. Pan J. jest godny polecenia przy zarządzaniu, nadzorowaniu, kierowaniu i rozliczaniu projektów finansowanych ze środków unijnych na inwestycjach kolejowych i miejskich tramwajowych. Posiadał wystawione pełnomocnictwo do reprezentowania spółki. Z raportu wstępnego Inżyniera opracowanego przez odwołującego dla polepszenia jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1, 133, 160, 186 na odcinku Zawiercie – Dąbrowa Górnicza Żabkowice- Jaworzno Szczakowa wynika, że zgodnie z pkt. 1.3.1 głównym zadaniem Inżyniera jest nadzór i zarządzanie w imieniu zamawiającego nad realizacją projektu celem osiągnięcia zakładanych efektów/wskaźników nadzorowanego projektu. Usługa obejmuje nadzór, zarządzanie administrowanie i koordynację realizacji umowy, jaka będzie podpisana z wykonawcami robót, wyłonionymi w ramach odrębnego przetargu i polega na pełnieniu funkcji inżyniera zgodnie z Warunkami Kontraktu żółty FIDIC. W myśl pkt. 5.1.1.1 Inżynier Projektu będzie pierwszą osobą odpowiedzialną wśród personelu Inżyniera za zapewnienie sprawnego podjęcia usług doradczych związanych z nadzorem i zarządzaniem projektem, zgodnie z wymaganymi standardami i ku pełnej satysfakcji zamawiającego. Będzie odpowiedzialny za komunikację z zamawiającym – informował o

postępie prac i konsultował się z nim w przypadku pojawienia się problemów, które wymagają uwagi i działań. W porozumieniu z Inżynierem Rezydentem będzie zarządzał personelem projektu i sprawdzał efektywność i skuteczność jego działania. W uzasadnionych przypadkach będzie występował do zamawiającego o akceptację zmian kadrowych zapewniających właściwe działania swojego zespołu. Będzie poza tym na bieżąco śledził postęp prac na kontrakcie, na etapie opracowywania dokumentacji

projektowej, oraz wykonywania robót budowlanych będzie sprawdzał czy procesy przebiegają zgodnie z przyjętymi planami działań, czy roboty są realizowane zgodnie z kontraktem. W przypadku opóźnień proponuje i przedyskutuje z zamawiającym środki, które należy podjąć dla zminimalizowania opóźnień. Inżynier Projektu będzie nadzorował i kontrolował działania Inżyniera Rezydenta, wydawane przez niego decyzje, a jeśli zajdzie konieczność będzie je weryfikował. Obowiązkiem Inżyniera Projektu będzie również przewodniczenie większym spotkaniom reprezentowanie zamawiającego wobec władz, urzędów dla dokonania obowiązujących zamawiającego uzgodnień i dopilnowanie uzyskania właściwych uzgodnień przez innych partnerów procesu inwestycyjnego. Weryfikował będzie okresowe raporty o postępie prac i stanie finansowym nadzorowanego projektu.

Z zasad współpracy inżyniera projektu z zamawiającym opracowanego przez odwołującego dla polepszenia jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1, 133, 160, 186 na odcinku Zawiercie – Dąbrowa Górnicza Ząbkowice- Jaworzno Szczakowa wynika, że zgodnie z pkt. 2 usługa polegała na pełnieniu funkcji Inżyniera i sprawowaniu nadzoru nad robotami zgodnie z polskim prawem i FIDIC 1999. Inżynier Projektu zobowiązany był do przestrzegania uregulowań proceduralnych związanych z realizacją projektów w ramach POIiŚ na lata 2007-2013, zgodnie z nazwami zadań Inżyniera Projektu pkt. 4 – 7 zasad Inżynier ten był odpowiedzialny za prawidłowe działanie personelu stałego i zmiennego Inżyniera, był odpowiedzialny za czynności związane z zezwalaniem na płatność, za kwalifikowanie kosztów w ramach projektu, za sprawozdawczość, sporządzanie dokumentów) OT „Przyjęcie środka trwałego”.

Z pisma K. Inwestor BRI do S. SAS Oddział w Polsce wynika, że dla usług oznaczonych w odwołaniu jako 6 i 7 inżynierem projektu był A.K., Pan J. nie pełnił funkcji kontraktowych biorąc pod uwagę warunki umów z wykonawcami robót budowlanych jak również warunki kontraktów na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego FIDIC 1999, nie pełnił również jakichkolwiek funkcji wynikających z ustawy Prawo budowlane, nie został wskazany do realizacji przedmiotowych zadań w wykazach personelu załączonych do ofert wykonawców robót w ramach postępowań przetargowych, w ofercie zostali wyłącznie wskazani kierownicy

budowy i kierownicy robót. Nie został zgłoszony, ani zatwierdzony przez zamawiającego jako kierownik budowy lub kierownik robót w trakcie realizacji umów na roboty budowlane.

Z oświadczenia Józefa Wesołowskiego Inżyniera Projektu Warszawa – Skierniewice wynika, że Pan J. nie pełnił żadnej funkcji w Biurze Dyrektora Kontraktu, nie był Dyrektorem Kontraktu Warszawa Skierniewice oraz nie pełnił żadnych funkcji kontraktowych biorąc pod uwagę warunki umów z wykonawcami robót budowlanych jak również warunki kontraktów na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego FIDIC 1999, nie pełnił również jakichkolwiek funkcji wynikających z ustawy Prawo budowlane, nie został zgłoszony, ani zatwierdzony przez zamawiającego jako kierownik budowy lub kierownik robót w trakcie realizacji umów na roboty budowlane.

Izba w świetle powyższych dowodów ustaliła, że pojęcie Inżyniera oznacza wykonawcę usługi nadzoru inwestorskiego, zaś Inżynier Projektu jest osobą zarządzającą usługą nadzoru inwestorskiego ze strony Inżyniera i został przez zamawiającego zdefiniowany, wbrew zgodnemu stanowisku odwołującego, zamawiającego i przystępującego, w Tomie III OPZ w pkt. 4.1 pkt. 15, z którego wynika, że Inżynier Projektu nie może występować po stronie wykonawcy robót budowlanych, gdyż ma rozpatrywać jego roszczenia i przedstawiać je zamawiającemu oraz przygotowywać stanowisko zamawiającego dla wykonawcy robót budowlanych. Nadto wszystkie złożone w postępowaniu dokumenty odnoszące się do pojęcia Inżyniera Projektu dotyczą wyłącznie postępowań o usługi nadzoru inwestorskiego. Zgodnie z artykułem B.Z. J. BzG 2/2003 „Procedury FIDIC w realizacji inwestycji” w realizacji przedsięwzięć opartych na procedurach FIDIC występują dwie strony: zamawiający i wykonawca. Natomiast dla zapewnienia przestrzegania procedur powołuje się inżyniera (funkcja), który nie jest stroną i powinien działać bezstronnie, bez względu na status zatrudnienia, zgodnie z zawartym między stronami kontraktem. Inżynier oznacza osobę wyznaczoną do działania w danym kontrakcie. Inżynier może interpretować kontrakt tylko tak, jak jest on napisany. Wszelkie kontakty między stronami kontraktu powinny odbywać się

wyłącznie za pośrednictwem Inżyniera. Wymagana jest współpraca i zespołowe działanie zamawiającego, wykonawcy i inżyniera w ramach kontraktu. Tym samym Inżynier Projektu powołany przez Inżyniera – wykonawcę usługi nadzorowej nie może być przedstawicielem tak zamawiającego jak i wykonawcy, ale reprezentuje Inżyniera, który w kontrakcie stoi na straży przestrzegania procedur. Zatem w ocenie Izby, skoro zamawiający zdefiniował pojęcie Inżyniera Projektu w OPZ, a we wzorze umowy odwołał się do konkretnych stanowisk, a nie stanowisk równoważnych, czyli Inżyniera Projektu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru, to nie miał prawa interpretować swojego warunku przez dopuszczenie osób zatrudnionych na równoważnych stanowiskach. Izba wzięła pod uwagę to, że dla spełnienia

warunku Inżyniera Projektu zamawiający także opisał wymóg sprawowania funkcji, ale tam wyraźnie dopuścił stanowisko równorzędne w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi. Gdyby pan J. był wskazany w celu wykazania warunku udziału w zakresie potencjału osobowego na stanowisko Inżyniera Projektu, to wówczas zamawiający mógłby rozważać, czy stanowisko Kierownika Biura Kontraktu jest stanowiskiem równorzędnym w zakresie zarządzania projektami, natomiast dla stanowiska Inżyniera Rezydenta warunek był sformułowany jednoznacznie i nie dopuszczał innych stanowisk, niż w nim wymienione. W ocenie Izby nawet z oświadczenia Pana J.ego jak i Przedsiębiorstwa Napraw Inwestycyjnych nie wynika, że pan J. był zatrudniony na stanowisku Inżyniera Projektu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba oceniła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie znalazła podstaw wymienionych w art. 189 ust. 2 ustawy do odrzucenia odwołania. Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał w odwołaniu, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy., tym samym przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie z udziału w postępowaniu odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. przedstawienia w ofercie osoby na stanowisko Inżyniera Rezydenta w Zespole stałym Kontraktu nr 2, która nie spełnia wymagań określonych w siwz, podczas gdy Stanisław J. spełnia wymagania siwz, a tym samym odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu; Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że umowy uzupełniające i dodatkowe wskazane w poz. 1 wykazu był objęte realizowanymi przez pana J.ego jako Inżyniera Projektu umowami o nadzór inwestycyjny, do których zastosowanie miałyby warunki kontraktowe FIDIC. Odwołujący wywodził to z umowy o nadzór inwestycyjny na modernizację linii Kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków Rzeszów, jednak zamawiający i przystępujący twierdzili przeciwnie, na co zamawiający przedstawił umowy wykonawcze, w których nie było odniesienia do warunków kontraktowych FIDIC, a przystępujący podważył wiarygodność twierdzenia odwołującego wskazując ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia, że dla umów uzupełniających były zawierane odrębne umowy o nadzór, w tym dla umowy 0019, dla której odwołujący

przedstawił Przejściowe Świadczenia Płatności i dla umów 0010, 0012, dla których zamawiający przedłożył umowy wykonawcze. Biorąc pod uwagę, że to odwołujący chciał wywołać korzystny dla siebie skutek prawny, to na nim z mocy art. 190 ust. 1 ustawy ciążył obowiązek dowodowy, któremu w zakresie poz. 1 nie podołał. Co do pozycji 3, 5, 6 i 7, to jak wynika z ustaleń Izby zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem na konkretnym, a nie równoważnym stanowisku, stanowisko Inżyniera Projektu zdefiniował w pkt. 4.1.1. pkt. 15 OPZ, a takiej funkcji w ocenie Izby nie pełnił Pan J. i dlatego nie można było uznać jego doświadczenia w tych usługach. Co do poz. 4 to sam odwołujący uznał rację zamawiającego. Zatem z wymaganych minimum 5 lat doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku inżyniera

projektu lub inżyniera rezydenta lub 5 lat na stanowisku inspektora nadzoru, odwołujący wykazał jedynie 5 lat doświadczenia w pracy przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC i 12 miesięcy na kontrakcie według warunków kontraktowych FIDIC na stanowisku Inżyniera Projektu, co nie spełniało wymagań postawionych przez zamawiającego w siwz. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania i prawidłowo zastosował art.24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie posiadanej przez S.J. wiedzy i doświadczenia, a w szczególności zaniechania wyjaśnienia czy osoba ta pełniła funkcję Inżyniera Projektu na wskazanych kontraktach.

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W ocenie Izby należy wziąć pod uwagę, że wykazane przez odwołującego doświadczenia p. J.ego poza usługą nr 4 były usługami realizowanymi na rzecz zamawiającego i miał co do nich szczegółową wiedzę, co wykazał choćby w uzasadnieniu wykluczenia podając każdorazowo, kto na jakim kontrakcie pełnił funkcję Inżyniera Projektu, stąd w ocenie Izby zamawiający nie miał obowiązku wzywania odwołującego do wyjaśnień, co do tego czy dany projekt (poz. nr 1 wykazu) był realizowany na warunkach kontraktowych FIDIC. Zamawiający co do pozostałych usług wiedział kto był Inżynierem Projektu, a doświadczenia na takim stanowisku się domagał zatem nie było podstaw do wyjaśnienia zakresu czynności Dyrektora Biura Kontraktów, gdyż to nie było stanowisko dopuszczone przez zamawiającego w postawionym warunku. W konsekwencji zamawiający prawidłowo nie stosował wobec odwołującego art. 26 ust. 4 ustawy i Izba w jego zachowaniu nie dopatrzyła się zaniechania naruszającego art. 26 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty S. niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz, podczas gdy to oferta odwołującego, który nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, jest ofertą najkorzystniejszą

Zarzut nie potwierdził się. Skoro oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona przez zamawiającego jako oferta wykonawcy wykluczonego, to niewątpliwie ofertą najkorzystniejszą jest oferta wybrana. W świetle powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 91 w związku z art. 2 ust. 5 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez niego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z zastępstwem prawnym, zgodnie ze złożoną fakturą.

Przewodniczący: