

Sygn. akt: KIO 1323/14
KIO 1332/14

WYROK
z dnia 17 lipca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 lipca 2014 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa (sygn. akt KIO 1323/14)
- B. w dniu 27 czerwca 2014 roku przez wykonawcę EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (reprezentowana przez: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Warszawie ul. Minerska 16, 04-506 Warszawa)

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 1323/14):

1

-
- wykonawcy SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żelaznej 28/30, 00-832 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1323/14 po stronie Odwołującego
 - wykonawcy SYSTRA. S.A. 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paris – Francja zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1323/14 po stronie Zamawiającego

B. (sygn. akt KIO 1332/14):

- wykonawcy SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żelaznej 28/30, 00-832 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1323/14 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy SYSTRA. S.A. 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paris – Francja zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1323/14 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 1332/14 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.

A) Uwzględnić odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa (sygn. akt KIO 1323/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o

zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja
(pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132
Warszawa do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo

2

zamówień publicznych w zakresie wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca,
i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

B) Oddala odwołanie wykonawcy EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes
(Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń:
Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14)

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie
SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz
Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa (sygn. akt KIO
1323/14) i wykonawcę EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda
Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-
001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr**
(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców
wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port
92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul.
Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa (sygn. akt KIO 1323/14) i wykonawcę
EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17,
San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001
Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14) tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734
Warszawa (sygn. akt KIO 1323/14) i wykonawcy EUROCONSULT S.A. San
Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres
do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14)
kwotę **7 200 gr 00** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:
A) kwotę **3 600 gr 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od
Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734
Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie
SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik)
oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa
(sygn. akt KIO 1323/14) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego
poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3

B) kwotę **3 600 gr 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od
wykonawcy EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda
Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99
lok. 19, 02-001 Warszawa na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe
S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14) stanowiącą koszty
postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

4

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Uzupełniające studium wykonalności wraz z dokumentacją przetargową dla wariantu XIV tunelu średnicowego realizowanego w ramach budowy linii kolejowej w tunelu od stacji Łódź Fabryczna do linii nr 15" w ramach projektu POIiŚ 7.1-76 „Studium wykonalności dla budowy linii kolejowej w tunelu od stacji Łódź Fabryczna do linii nr 15”, o którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 stycznia 2014 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 022-034465.*

18 czerwca 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że do realizacji zamówienia wybrał SYSTRA. S.A. 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paris – Francja.

A Sygn. akt KIO 1323/14

Odwolującym, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego obejmujących badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenę ofert i odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SYSTRA S.A..

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp przez błędne jego zastosowanie wykluczenie Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego,
- z tzw. ostrożności procesowej - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób o informacji, które zdaniem Zamawiającego nie znalazły się w ofercie,

5

-
- naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców określonych w art. 7 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwolujący wniósł o : uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwolujący przedstawił następujące uzasadnienie:

W dniu 18 czerwca 2014 roku, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faksem oraz e mailem informację o wyniku oceny ofert w postępowaniu, odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SYSTRA S.A.

Po zapoznaniu się z uzasadnieniem faktycznym odrzucenia oferty Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy dokonując ww. czynności w zakresie objętym petitum odwołania i jego uzasadnienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na fakt, iż Zamawiający w uzasadnieniu wskazał na okoliczność, iż jego zdaniem Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania dwiema osobami na stanowisko Eksperta w dziedzinie geologii, bowiem (...):

- *Osoba wskazana na to stanowisko (poz. 7 wykazu) - nie posiada wymaganych stwierdzonych kwalifikacji w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategorii IV lub V a jedynie w kategorii VII.*

- *Osoba wskazana na to stanowisko (poz. 9 wykazu) - posiada doświadczenie zawodowe w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami od 28.05.2010, co nie spełnia warunku posiadania minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w ww.*

zakresie. Ponadto, podane w wykazie okresy doświadczenia (okresy realizacji poszczególnych projektów) również nie potwierdzają posiadania wymaganej ilości lat doświadczenia.

Odwołujący nie zgodził się z taką argumenacją, wskazał że nie uwzględnia ona w należyty sposób treści wykazu osób złożonego w ofercie oraz uzupełnień dokonanych na etapie postępowania przetargowego.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dwiema osobami na stanowisko Eksperta w dziedzinie geologii pkt 8.3.2 poz. nr 7 IDW Zamawiający wymagał, aby Ekspert w dziedzinie geologii (minimum 2 osoby) posiadał:

- w zakresie uprawnień (kwalifikacje zawodowe)- stwierdzone kwalifikacje w zakresie

6

wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategoriach IV lub V. VI lub VII zgodnie z ustawą Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2011 nr 163 poz. 981) oraz - co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami, w tym co najmniej 2 lata po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał na to stanowisko 3 osoby (Zamawiający wymagał minimum 2 osoby), tj. Poz. 7 wykazu -P. J. Poz. 8 wykazu - A. W. Poz. 9 wykazu -M. Ż.

W zakresie pierwszego zarzutu Zamawiającego, -Osoba wskazana na to stanowisko (poz. 7 wykazu) – nie posiada wymaganych stwierdzonych kwalifikacji w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategorii IV lub V a jedynie w kategorii VII, Odwołujący podał, iż z treści przytoczonego warunku udziału w postępowaniu pkt 8.3.2 poz. nr 7 IDW w żadnej mierze nie wynika, iż Ekspert ds. geologii miał posiadać stwierdzone uprawnienia zarówno w kategorii IV jak i V, bowiem sposób sformułowania warunku wskazuje na to, iż Zamawiający kumulatywnie wskazał kategorie od IV do VII dopuszczając w tym zakresie posiadanie tylko jednej z nich, na co wskazuje spójnik rozłączny „lub” i zastosowany po nim przecinek oddzielający pozostałe kategorie, który zgodnie z zasadami gramatyki polskiej używamy pomiędzy połączonymi bezpośrednio równorzędnymi wyrazami zdania pojedynczego. W związku z czym wymagane sformułowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, jakoby Ekspert ds. geologii miał posiadać uprawnienia zarówno w kategorii IV jak i V należy traktować jako próbę zmiany treści SIWZ w tym zakresie, która to zgodnie z art. 38 ustawy jest niedozwolona. W zaistniałej sytuacji Zamawiający próbuje dokonać zmiany interpretacji zapisów SIWZ, co zdaniem Odwołującego stanowi również próbę przeniesienia negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnego określenia warunku udziału w postępowaniu zarówno na Odwołującego jak innych Wykonawców, eliminując tym samym pozostałych czterech Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby wymóg Zamawiającego w tym zakresie był sformułowany w taki sposób, iż Wykonawca miał wskazać osobę (Eksperta ds. geologii), która posiada uprawnienia z kategorii zarówno IV jak i V, wówczas Zamawiający na etapie oceny ofert wezwałby Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień bądź uzupełnień w tym zakresie, do czego jest zobligowany na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a czego nie uczynił. Odwołujący powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrokach z dnia 2 lipca 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 607/08; KIO/UZP 617/08, wyrok z dnia 5 czerwca 2008 r. sygn.akt KIO/UZP 502/08, wyrok z dnia 28 stycznia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 60/09 oraz wyrok SO w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. sygn. akt: XXIII GA 446/08. W związku

7

z powyższym w ocenie Odwołującego za chybone i naruszające przepisy wskazane w niniejszym odwołaniu należy uznać stanowisko Zamawiającego, że osoba w poz. 7 wykazu osób Odwołującego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych w pkt 8.3.2 poz. nr 7 IDW kwalifikacji (uprawnień).

Odwołujący wskazał, że drugi argument Zamawiającego, jakoby Osoba wskazana na to stanowisko Eksperta ds. geologii (poz. 9 wykazu) - posiadała doświadczenie zawodowe w

wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami od 28.05.2010, co nie spełnia warunku posiadania minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w ww. zakresie, a ponadto, podane w wykazie okresy doświadczenia (okresy realizacji poszczególnych projektów) również nie potwierdzają posiadania wymaganej ilości lat doświadczenia, również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w wystosowanym do Odwołującego w dniu 16 kwietnia 2014 roku wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wskazał, iż dla osoby w poz. 9 wykazu zostały podane niewłaściwe informacje, bowiem przedstawiony wykaz odbiega od wzoru zawartego w Załączniku nr 5 do IDW, a ponadto z wykazu nie wynika potwierdzenie, że osoba wskazana do pełnienia tej funkcji posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami, w tym co najmniej 2 lata po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji.

Już to wezwanie, zdaniem Odwołującego stanowiło przekroczenie uprawnień przez Zamawiającego w zakresie art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem informacje, o które Zamawiający ma prawo wymagać, tj. potwierdzające spełnianie wymogów określonych w IDW, były zawarte w wykazie osób w ofercie, z tym że w innych kolumnach dotyczących jednakże tej samej osoby. A zatem Zamawiający z treści oferty mógł powziąć wiedzę, iż p. M. Ż. od 2005 r. do chwili obecnej posiada doświadczenie w wykonywaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz dokumentacji hydrologicznych, które de facto było niezbędne do uzyskania uprawnień w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategoriach V z dnia 28.06.2010 oraz VII z dnia 21.06.2010 zgodnie z ustawą Prawo geologiczne i górnicze. Powyższe potwierdza zarówno wymóg 5-letniego doświadczenia w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami jak również 2 letnie doświadczenie po uzyskaniu świadectwa nabycia uprawnień. Bez znaczenia przy tym pozostaje uwaga Zamawiającego co do błędnej formy tabeli jaką zastosował Odwołujący, bowiem to nie forma oferty, a jej treść stanowi podstawę do dokonywania oferty. Tym niemniej Odwołujący złożył poprawiony wykaz osób, uzupełniając doświadczenie p. Ż. ego wskazując szczegółowo wykonywane czynności. W pozycjach określających doświadczenie zdobyte w latach październik 2005 - luty 2007 przestał na wskazaniu

8

nazwy podmiotu na rzecz, którego p. Ż. wykonywał zgodnie z informacją zawartą w ofercie dokumentację geologiczno-inżynierską oraz dokumentację hydrologiczną, na stanowisku geologa, co de facto stanowiło doświadczenie zgodne z zakresem uzyskanych kwalifikacji zawodowych. Z treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego wynika, iż Zamawiający nie widzi różnicy w zakresie wymogu posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami, a wymogiem posiadania w tym co najmniej 2 lat

po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji, bowiem w jego ocenie 5 lat doświadczenia zawodowego powinno dotyczyć okresu po uzyskaniu uprawnień (kwalifikacji). Takie rozumienie stawia pod znakiem zapytania sens formułowania drugiej części warunku, która wskazuje na konieczność posiadania co najmniej 2-letniego doświadczenia zdobytego po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji. W naszej ocenie Zamawiający po raz kolejny, próbuje bezpodstawnie dokonać zmiany treści warunku, przez sformułowanie jego wykładni w sposób zawężający, co w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalne.

Takie działania spowodowały, że Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego w sposób bezpodstawny, uznając, że dwie z trzech wskazanych w ofercie osób nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Działanie to spowodowało wykluczenie z tego postępowania również innych Wykonawców i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy SYSTRA, która jako jedyna nie została odrzucona.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zwrócił uwagę na naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Zamawiający uznał, że złożone w ofercie Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganych uprawnień (kwalifikacji zawodowych), których zdaniem Zamawiającego nie posiadała osoba wskazana w ofercie Odwołującego (pozycja 7 wykazu), co powinno skutkować wezwaniem do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie. Zamawiający w dniu 16 kwietnia

2014 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów jedynie w zakresie okresu doświadczenia osób wskazanych w wykazie w poz. 7, 8, 9 (Eksperci ds. geologii). Czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu wezwania jest działaniem obligatoryjnym, od którego Zamawiający może odstąpić jedynie w dwóch powołanych w art. 26 ust. 3 ustawy okolicznościach, tj: (1) oferta Wykonawcy pomimo złożenia wymaganych dokumentów podlegałaby odrzuceniu, (2) bądź konieczne byłoby unieważnienie postępowania, czego w przedmiotowej sprawie zamawiający nie uprawdopodobnił. Brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie uprawnień osób wskazanych

9

na stanowisko Eksperta ds. geologii (poz. 7 wykazu) wskazuje na zaniechanie zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez Zamawiającego, co potwierdza utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: wyrok KIO z dnia 29 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/2505/10;

Wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP1447/07; wyrok KIO z dnia 19 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 583/09.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody, w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy.

W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego, miałaby szansę na to, aby w wyniku powtórzenia oceny ofert (np. w wyniku odmowy podpisania umowy przez innego Wykonawcę) została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, a utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego prowadzi do możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego.

B. Sygn. akt KIO 1332/14

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 423 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”) **wniósł odwołanie od** czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy przez lakoniczne uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz zaniechanie wykazania, że złożone przez Wykonawcę dokumenty poświadczające brak karalności członków Zarządu Wykonawcy dotyczą wszystkich sprawujących w dacie upływu terminu składania ofert w postępowaniu funkcję organu zarządzającego Wykonawcy,
- art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) ustawy przez błędne uznanie, iż Wykonawca nie wykazał, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji wykluczenie Wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca złożył wszystkie wymagane ustawą

10

dokumenty, które nakazywały przyjąć, iż w stosunku do Wykonawcy nie ziszcza się przesłanka skutkująca jego wykluczeniem z postępowania,

- art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że Wykonawca nie wykazał, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu i w konsekwencji wykluczenie Wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy z treści do jak dołączonych oferty dokumentów, również dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wynika, że wszystkie warunki udziału w postępowaniu Wykonawca spełnił,
- art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, podczas gdy z przedłożonych w toku postępowania dokumentów oraz złożonych

wyjaśnień wynika, że wszystkie warunki udziału w postępowaniu Wykonawca spełnił,

- art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy przez odrzucenie oferty Wykonawcy, podczas gdy oferta Wykonawcy nie została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania ani też Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania,
- oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o: unieważnienia czynności Zamawiającego z 18 czerwca 2014 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty Wykonawcy, dokonania powtórzenia czynności badania oraz oceny złożonej przez Odwołującego oferty, uznania, że oferta złożona przez Odwołującego w toku postępowania jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie:

Odwołujący złożył ofertę w dniu 13 marca 2014 roku. Zamawiający pismem z 16 kwietnia 2014 r. (nr pisma: IR01ZAf-216-36-12/13/14), wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów oraz uzupełnienia brakujących, m.in. informacji z banku o posiadanej zdolności kredytowej lub środkach zgR. dzonych na koncie Wykonawcy oraz dokumentów poświadczających brak karalności członków organu zarządzającego Wykonawcy. Pismem z 30 kwietnia 2014 r. Wykonawca uzupełnił braki formalne złożonej oferty oraz przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia. Zamawiający pismem z 29 maja 2014 r wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie doręczonej przez Wykonawcę informacji z banku o zdolności kredytowej Wykonawcy. Zamawiający poinformował Wykonawcę o swoich

11

zastrzeżeniach, co do tłumaczenia dokumentu z języka hiszpańskiego na język polski. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca w dniu 3 czerwca 2014 r. złożył odpowiednie wyjaśnienia, m. in. w powyższym zakresie. Pismem z 18 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o jego wykluczeniu z postępowania wskazując, że w stosunku do Wykonawcy ziściła się przesłanka nakazująca jego wykluczenie z postępowania w postaci rzekomego nieprzedstawienia dowodów niekaralności dla wszystkich członków organu zarządzającego Wykonawcy, ponadto Wykonawca rzekomo miał nie udowodnić, że spełnił jeden z warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, że jeden z kluczowych ekspertów spełnia oczekiwania Zamawiającego, a ponadto dokument w postaci w informacji z banku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, został przedstawiony w nieodpowiedniej formie, tj. brakowało na kopii tego dokumentu oświadczenia o jego zgodności z oryginałem.

Stanowisko Odwołującego co do naruszeń przepisów ustawy przez Zamawiającego

W zakresie rzekomego niezłożenia przez Wykonawcę zaświadczeń z KRK dla wszystkich członków Zarządu.

W uzasadnieniu podjętej przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu z postępowania, Zamawiający wskazuje, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełnił zaświadczenia o niekaralności w stosunku do dwóch członków Zarządu ujawnionych w odpisie z rejestru handlowego Wykonawcy. Stanowisko Zamawiającego nie tylko nie znajduje swojego uzasadnienia w istniejącym w dacie upływu terminu składania ofert stanie faktycznym, ale również narusza powszechnie obowiązujące przepisy w zakresie dowodzenia. Wskazać bowiem należy, że w dacie upływu terminu składania ofert, skład organu zarządzającego Wykonawcy w stosunku do tego, który został ujawniony w dołączonym do oferty rejestrze handlowym był już zmieniony. Panowie J. P. J. i J. R. R. złożyli oświadczenia o rezygnacji z funkcji członka Zarządu spółki Euroconsult S A. 13 stycznia 2014 r. (- dowód: kopia aktu notarialnego - Akt odwołania członków Zarządu przez spółkę Euroconsult SA; kopia protokołu z posiedzenia Zarządu Euroconsult S.A., w trakcie którego podjęto uchwały o przyjęciu rezygnacji z pełnienia funkcji członków Zarządu; dowód przesłania do rejestru handlowego informacji o rezygnacji członków Zarządu Euroconsult S.A.) W świetle powyższych okoliczności Wykonawca nie był zobowiązany do przedkładania dokumentów poświadczających niekaralność dla wszystkich członków Zarządu ujawnionych w dołączonym do oferty odpisie z rejestru handlowego bowiem dwaj ujawnieni w tym rejestrze członkowie nie pełnili swoich funkcji w organie zarządczym Wykonawcy. Na

marginesie powyższego spostrzeżenia należy wskazać, że wpis do rejestru handlowego w Królestwie Hiszpanii ma walor wpisu deklaratoryjnego, tj. potwierdza on jedynie pewne

12

dokonane czynności prawne. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że Wykonawca w ogóle nie był obowiązany do

przedkładania Zamawiającemu wypisu z rejestru handlowego. Ani przepisy ustawy, ani tym bardziej przepisy Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie nakładają na wykonawcę posiadającego swoją siedzibę poza granicami RP obowiązku dołączania do oferty odpisu z rejestru handlowego. Tym samym prawidłowa jest konstatacja, że nie znając zasad rządzących obcymi rejestrami, tj. np. tego czy istnieje domniemanie prawdziwości danych ujawnionych w tym rejestrze, należy z dużą dozą ostrożności podchodzić do tego typu dokumentów i nie podejmować tak daleko idących działań w stosunku do jakiegokolwiek wykonawcy bez uprzedniego upewnienia się, że dane ujawnione w tym dokumencie rzeczywiście odpowiadają stanowi faktycznemu.

W zakresie rzekomego niewykazania przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jako uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy z postępowania z powodu rzekomego niewykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że w uzupełnionym wykazie wskazano jedynie dwie prace związane z analizą efektywności ekonomiczno - finansowej, podczas gdy Zamawiający wymagał co najmniej trzech. W tym miejscu należy podkreślić, że Wykonawca wskazując Pana B. a J. ego na stanowisko eksperta w dziedzinie ekonomiki transportu kolejowego wskazał jedynie takie projekty, w których p. J. wykonywał odpowiednie analizy efektywności ekonomiczno - finansowej. Innymi słowy – przygotowując Załącznik nr 4 do oferty Wykonawca wykazał w nim tylko takie projekty, które spełniały oczekiwania Zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Byłoby nielogiczne i nieracjonalne, gdyby Wykonawca podawał w Wykazie osób projekty, które nie potwierdzają posiadania odpowiedniego doświadczenia. Wskazać też należy, że Zamawiający w żadnym zapisie SIWZ nie wymaga, aby wykonawcy wpisywali w treści Wykazu osób jakieś bardzo szczegółowe „słowa klucze”. Wskazać należy, że Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy wobec faktu, że Pan B. J. nie posiada konkretnego doświadczenia, ale wyłącznie na podstawie braku zwrotu „analiza efektywności ekonomiczno-finansowej”. Tymczasem żaden przepis ustawy nie przewiduje takiej podstawy wykluczenia. Dodatkowo należy podkreślić, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do zakresu posiadanego przez Pana B. a J. ego doświadczenia, to powinien wezwać Wykonawcę do złożenia odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Brak takiego wezwania stanowi naruszenie w/w przepisu. W świetle powyższych argumentów zarzut Zamawiającego jakoby Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może się ostać.

13

W zakresie zarzutu rzekomego niewykazania przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 18 czerwca 2014 roku wskazał, że przedłożona kopia opinii bankowej nie zawiera oznaczenia, że *jest to kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem*. Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Wykonawcy zdaje się nie zauważyć, że na przedmiotowym dokumencie znajduje się podpis osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy. Podpis taki został złożony w oczywistym celu - potwierdzenia, że złożona kopia jest zgodna z oryginałem. Nie ma bowiem innego wytłumaczenia złożenia podpisu na tym dokumencie znajdującym się w ofercie. Z kolei złożenie tego podpisu wyraźnie wskazuje, że Wykonawca uznaje ten dokument za równy oryginałowi, że potwierdza jego prawdziwość i autentyczność treści. Wykonawca zwraca uwagę, że przepis § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie o dokumentach”) nie wskazuje, w jaki sposób należy potwierdzać za zgodność z oryginałem. W szczególności przepis ten nie wymaga, aby na potwierdzanym dokumencie znalazła się jakiegokolwiek wymagane prawem

sformułowanie. Stąd też Zamawiający naruszył także powyższy przepis

nie została Rozporządzenia o

dokumentach uznając, że kopia opinii bankowej potwierdzona za zgodność z oryginałem. Ponadto, jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do prawdziwości treści kopii, to powinien na podstawie § 7 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach wezwać Wykonawcę do przedłożenia oryginału. Zamawiający nie wykonał tego, a tym samym naruszony został także ten przepis prawa.

Odwołujący wniósł odwołanie, bowiem jego interes w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie doznał uszczerbku w wyniku niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego. Uszczerbek Odwołującego polega na tym, że Odwołujący, wskutek bezprawnego wykluczenia z postępowania traci możliwość uzyskania zamówienia, które niewątpliwie uzyskałby, gdyby czynności podejmowane w toku postępowania przez Zamawiającego byłby zgodne z ustawą. Podkreślić bowiem należy, że oferta Wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwagi na najniższą zaoferowaną przez Wykonawcę cenę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału

14

dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 1323/14 i KIO 1332/14:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa (sygn. akt KIO 1323/14):

(dowód nr 1) dokument prywatny - *Opinia sporządzoną dla SAFAGE Oddziału w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa w związku z wykluczeniem jego oferty przez Zamawiającego z powodu niespełnienia warunku posiadania dwóch geologów z uprawnieniem geologicznym w zakresie hydrogeologii i geologii inżynierskiej zgodnie*

15

z ustawą prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2011 nr 163 poz.981 zwanym dalej pgg) (5 kart) autorem której jest prof. dr hab. Krzysztof Szamalek.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14):

- (dowód nr 2) dokument prywatny - *Informacja o odwołaniu członków zarządu w prawie hiszpańskim* (4 karty),
- (dowód nr 3) Referencje dla Pana B. a J. ego (2 karty).

Odwołujący Odwołującego EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14) złożył *Pismo procesowe Odwołującego* z dnia 11 lipca 2014 roku.

Zamawiający złożył na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego *Pismo Zamawiającego* z dnia 14 lipca 2014 roku.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o **sygn. akt KIO 1323/14** wykonawcę SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żelaznej 28/30, 00-832 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Odwołującego oraz wykonawcę SYSTRA. S.A. 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paris – Francja zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o **sygn. akt KIO 1332/14** wykonawcę SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żelaznej 28/30, 00-832 Warszawa, wykonawcę SYSTRA. S.A. 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paris – Francja oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub*

16

postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - przesłał wszystkim wykonawcom informację o wpłynięciu odwołań w sprawach sygn. akt KIO 1323/14 w dniu 30 czerwca 2014 roku oraz KIO 1332/14 w dniu 1 lipca 2014 roku; po drugie, że zgłoszenia przystąpień wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu sygn. akt 1323/14, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała, że odwołanie złożone w dniu 27 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa podlega uwzględnieniu.

Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu sygn. akt 1332/14, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała, że odwołanie złożone w dniu 27 czerwca 2014 r. przez wykonawcę EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania nie podlega

uwzględnieniu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Sygn. akt KIO 1323/14

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Tomie I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w punkcie 8.3.2. w poz. nr 7 IDW Zamawiający wymagał, aby Ekspert w dziedzinie geologii (minimum 2 osoby):

17

- *Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe)* - Posiadać stwierdzone kwalifikacje w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategoriach IV lub V, VI lub VII zgodnie z ustawą Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2011 nr 163 poz. 981) oraz

- *Doświadczenie* - co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami, w tym co najmniej 2 lata po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji.

Zamawiający dokonując badania oferty wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w zakresie załącznika nr 4 wskazując w piśmie z 16 kwietnia 2014 roku szczegółowo uwagi w zakresie informacji zawartych w załączniku nr 4.

W toku badania oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, ustalono co następuje:

Uwagi w odniesieniu do przedłożonego do oferty załącznika nr 4 – WYKAZ OSOÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWOWENIA: (...)

5) tabela A poz. 7 – Ekspert w dziedzinie geologii:

w kolumnie zatytułowanej : „Opis doświadczenia – okres trwania od data (m-c, rok) – do data (m-c, rok)” zostały podane niewłaściwe informacje, ponadto wystąpił błąd w dacie, przedstawiony do oferty wykaz (tabela) odbiega od wzoru zawartego w Załączniku nr 5 do IDW, w zakresie kolumn: Opis doświadczenia – Zajmowane stanowisko” i „Opis oświadczenia – Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnienie warunków”, ponadto z wykazu nie wynika potwierdzenie, że osoba wskazana do pełnienia tej funkcji posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami, w tym co najmniej 2 lata po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji.

(...)

7) tabela A poz. 9 – Ekspert w dziedzinie geologii:

• w kolumnie zatytułowanej : „Opis doświadczenia – okres trwania od data (m-c, rok) – do data (m-c, rok)” zostały podane niewłaściwe informacje, przedstawiony do oferty wykaz (tabela) odbiega od wzoru zawartego w Załączniku nr 5 do IDW, w zakresie kolumn: Opis doświadczenia – Zajmowane stanowisko” i „Opis oświadczenia – Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnienie warunków”, ponadto z wykazu nie wynika potwierdzenie, że osoba wskazana do pełnienia tej

18

funkcji posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami, w tym co najmniej 2 lata po uzyskaniu świadectwa potwierdzającego nabycie kwalifikacji.

Zwracamy się do Państwa o przedłożenie wyjaśnień w ww. zakresie i/lub o uzupełnienie wykazu oraz pozostałych ww. dokumentów uwzględniających wszelkie wymogi Instrukcji dla Wykonawców (...) oraz w należyty sposób potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby, kluczowym przy rozstrzygnięciu tej sprawy jest pismo Zamawiającego z 16 kwietnia 2014 roku, które skierował do Odwołującego. Powyżej podana została treść pisma odnosząca się do zakresu jaki następnie stanowił podstawę faktyczną wykluczenia

wykonawcy z postępowania. Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów wskazując przyczyny takiej czynności zarówno w zakresie osoby wskazanej w pozycji 7 jak i pozycji 9 wykazu. Odnosił się w obu przypadkach do zawartych przez Odwołującego w tabeli informacji zamieszczonych w kolumnie dotyczącej opisu doświadczenia. Niezaprzeczalnie, zgodnie z SIWZ Zamawiający chciał wykazania w tabeli osobno informacji w zakresie uprawnień (kwalifikacji zawodowych) a osobno informacji na temat doświadczenia. W wezwaniu Zamawiający precyzyjnie podał jaki zakres informacji zawartych w załączniku nr 4 nie potwierdza wymagań Zamawiającego, a chodziło o wykazane doświadczenie zarówno w przypadku osoby z pozycji 7 jak i 9. Istotność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz zakresu informacji jakie powinno obejmować wezwanie oddał w wyroku z dnia 20 lipca 2011 roku Sąd Okręgowy w Nowym Sączu (sygn. akt III Ca 389/11): *Wzywając do złożenia jakiś dokumentów należy uzasadnić taką czynność. W takim uzasadnieniu musi się znaleźć wskazanie, które dokumenty (oświadczenia, pełnomocnictwa) należy uzupełnić, jakimi cechami muszą się te dokumenty charakteryzować i dlaczego zamawiający kwestionuje zawartość oferty. Wezwany wykonawca winien z samej treści wezwania uzyskać wiedzę, z jakich przyczyn zamawiający ocenia złożone przez niego dokumenty jako niewystarczające, aby mieć możliwość stosowanej odpowiedzi i złożenia oświadczeń lub dokumentów odpowiadających wezwaniu zamawiającego.*

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie za pismem z 30 kwietnia 2014 roku złożył uzupełniony Załącznik nr 4 do SIWZ. Zamawiający w wyniku badania dokumentów wykluczył Odwołującego z postępowania wskazując w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, że:

19

- Osoba wskazana na to stanowisko (poz. 7 wykazu) - nie posiada wymaganych stwierdzonych kwalifikacji w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategorii IV lub V a jedynie w kategorii VII.

- Osoba wskazana na to stanowisko (poz. 9 wykazu) – uzupełniony przez Wykonawcę wykaz nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż wynika z jego treści, iż wskazana osoba posiada doświadczenie zawodowe w wykonywaniu czynności w zakresie określonym stwierdzonymi kwalifikacjami od 28.05.2010, co nie spełnia warunku posiadania minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w ww. zakresie. Ponadto, podane w wykazie okresy doświadczenia (okresy realizacji poszczególnych projektów) również nie potwierdzają posiadania wymaganej ilości lat doświadczenia.

Jednoznacznie wynika z powyższego, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania w uzupełnionym wykazie spełnienia wymagań, które nie stanowiły podstawy wezwania do uzupełnienia dokumentów (posiadane kwalifikacje) a były tożsame co do treści z informacjami zawartymi w załączniku nr 4 załączonym do oferty. Konstrukcja wezwania do złożenia dokumentu ukierunkowała niewątpliwie działania Odwołującego, który skupił swoją uwagę na wykazaniu doświadczenia poszczególnych osób. Jednocześnie nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że przedstawiony za pismem z 30 kwietnia 2014 roku załącznik nr 4 stanowi uzupełnienie złożonego uprzednio wraz z ofertą załącznika nr 4. Składany na wezwanie Zamawiającego dokument stanowi podstawę oceny spełnienia wymagań Zamawiającego i to na jego podstawie Zamawiający dokonuje oceny spełnienia określonych wymagań. Zawarty w wezwaniu ogólny zwrot, na który w swojej argumentacji powoływał się Zamawiający (*Zwracamy się do Państwa o przedłożenie wyjaśnień w ww. zakresie i/lub o uzupełnienie wykazu oraz pozostałych ww. dokumentów uwzględniających wszelkie wymogi Instrukcji dla Wykonawców (...) oraz w należyty sposób potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.*) nie stanowi wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanych kwalifikacji. Wskazać należy, że Zamawiający w tej treści odnosi się do wyjaśnienia lub/i uzupełnienia dokumentów, czyli nie precyzuje żadnego wymagania a odnosi się do zakresu wykazanego wcześniej. Jednocześnie nie bez znaczenia pozostaje fakt, że zdanie to zamieszczone jest pod każdą szczegółową częścią pisma stanowiąc tym samym jego uzupełnienie. Nie sposób również uznać za prawidłową argumentację Odwołującego, w oparciu o którą Odwołujący wykazywał, że brzmienie warunku wskazuje na konieczność posiadania uprawnień w jednej z czterech wymienionych przez Zamawiającego kategorii. Izba wskazuje, że zgodnie z celem zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trakcie którego prowadzi

tegoż zamówienia a weryfikacji wykonawców, dokonuje między innymi kontrolując wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego opis sposobu spełnienia zawarty jest w ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 roku sygn. akt KIO 2384/13). Postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach Odwołującego sprowadzających się do wykazania poprawności działania Odwołującego, natomiast wskazać należy, że wymagania ukształtowane przez Zamawiającego są bardzo precyzyjne i jednoznaczne oraz nie pozostawiają miejsca na interpretację (*Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) - Posiadać stwierdzone kwalifikacje w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategoriach IV lub V, VI lub VII zgodnie z ustawą Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2011 nr 163 poz. 981)*)).

W ocenie Izby dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego (dowód nr 1) dokument prywatny - *Opinia sporządzona dla SAFAGE Oddziału w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa w związku z wykluczeniem jego oferty przez Zamawiającego z powodu niespełnienia warunku posiadania dwóch geologów z uprawnieniem geologicznym w zakresie hydrogeologii i geologii inżynierskiej zgodnie z ustawą prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2011 nr 163 poz. 981 zwanym dalej pgg)* (5 kart) autorem której jest prof. dr hab. Krzysztof Szamalek – wskazuj, że zgodnie z ustawą Prawo geologiczne i górnicze (karta 3 opinii) *intencją ustawodawcy było wprowadzenie w każdym z rodzajów dyscyplin geologii kategorii szerszych i węższych (zatem uprawnienia w kategorii VI są szersze i obejmują zakres kategorii VII; kategoria IV obejmuje zakres kategorii V)*.

Uwzględniając zatem wykładnię językową, powszechnie akceptowaną w orzecznictwie i doktrynie jako taką, która wysuwa się w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło przy jednoczesnym przyjęciu, że choć zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu albo rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji (porównaj Uchwała Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2009 roku sygn. akt III CZP 110/09) wskazać należy, że brzmienie wymagań Zamawiającego w aspekcie gramatycznym było jasne i czytelne a także w świetle wymagań ustawy Prawo geologiczne i górnicze racjonalne i słuszne. W zakresie zgłoszonego dowodu (dowód nr 1) Izba wskazuje, że dowód, uwzględniając powyżej wskazaną argumentację, potwierdza brak wykazania posiadanych uprawnień tj. uprawnień w kategorii IV lub V oraz kategorii VI lub VII określonych przez Zamawiającego w SIWZ przez osobę w punkcie 7 wykazu. Wskazać należy, że nie były kwestionowane uprawnienia, które posiada osoba wskazana w punkcie 7 wykazu lecz brak wymagań zgodnie SIWZ.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów w tym zasad postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznała,

że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu tj. załącznika nr 4 do SWIZ jednocześnie wskazując, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem (np.: wyrok KIO z 19 września 2008 roku KIO/UZP 490/08; wyrok z 17 stycznia 2008 roku KIO/UZP 58/08; wyrok KIO 379/12) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie może przedstawić, nowy zmieniony dokument, zawierający treści jakie wcześniej nie były w nim ujęte.

Sygn. akt KIO 1332/14

Na wstępie Izba wskazuje, że odwołanie zostało oddalone z powodu braku wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej – Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z 16 kwietnia 2014 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu tj. *informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność*

22

kredytową Wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert która nie została załączona do oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący za pismem z 28 kwietnia 2014 roku złożył informację banku (karta 91 i 92). Dokument ten złożony w kserokopii nie został potwierdzony za zgodność z oryginałem, został opatrzony jedynie parafą bez imiennej pieczętki bądź czytelnego podpisu, która ją złożyła.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia wykonawcy z postępowania podał: *Informacja banku – W odpowiedzi na wezwanie uzupełniono dokument w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem własnym Wykonawcy. Na przedłożonej kopii dokumentu brak oznaczenia, że jest to kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem co oznacza, że dokument przekazany został Zamawiającemu w formie niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego.*

Izba wskazuje, że poświadczenie dokumentu „za zgodność z oryginałem” stanowi oświadczenie wiedzy poświadczającego a zarazem poświadczający przyjmuje na siebie odpowiedzialność za kompletność dokumentu i dokładnie treści oryginału. Nie można przyjąć, że sam podpis na kopii dokumentu czytelny albo dający się zidentyfikować przy pomocy pieczęci, a tym bardziej parafa, został złożony w celu potwierdzenia dokumentu „za zgodność z oryginałem”. Wskazać należy, że obowiązujące przepisy nie odwołują się tylko do treści dokumentów, ale określają ich formę tj. oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę co wynika z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Tym samym uwzględniony może być przez Zamawiającego jedynie dokument, którego forma zgodna jest z tymi przepisami i spełniający wymagania powołanego rozporządzenia. Nie do przyjęcia jest argumentacja Odwołującego, że skoro Pan Xavier Alegret Terres umocowany był do złożenia oferty, to składając podpis na dokumencie jednocześnie potwierdził go „za zgodność z oryginałem”. Istotne jest, co ugruntowane jest w orzecznictwie (np.: wyrok z 11 października 2005 roku UZP/ZO 0-2786/05; wyrok KIO z 13 czerwca 2013 roku sygn. akt 1269/13), że kserokopię dokumentu można uznać za uwierzytelnianą jedynie wówczas, gdy zawiera ona łącznie dwa niezbędne elementy czyli: adnotację poświadczam „za zgodność z oryginałem” oraz podpis osoby uprawnionej. Powyższe prowadzi do wniosku, że nieprawidłowo uwierzytelnione kserokopie dokumentów, w tym wypadku informacji banku, nie mogą stanowić podstawy do oceny zdolności wykonawcy do realizacji

23

zamówienia, co prowadzi w konsekwencji do negatywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, bowiem opinia bankowa była uzupełniona przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Niezaprzeczalnie pismem z 29 maja 2014 roku Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści dokumentu informacji z banku. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący za pismem z 3 czerwca 2014 roku, w punkcie Ad 4 wyjaśnił wątpliwości jakie miał zamawiający w zakresie tłumaczenia dokumentu oraz złożył dowód oświadczenia banku.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy na Zamawiającego zostaje nałożony bezwzględny obligatoryjny obowiązek do wezwania do złożenia dokumentu w przypadku jego braku (Odwołujący nie załączył do oferty informacji z banku), tym samym postępowanie Zamawiającego co do wezwania w zakresie informacji banku było prawidłowe. Jednocześnie zaznaczyć należy, że dokumenty składane przez wykonawców po terminie składania ofert, składane są na wezwanie Zamawiającego oraz istotny jest również fakt, że nie ma regulacji dotyczącej obowiązku badania przez Zamawiającego wszystkich wpływających do niego dokumentów, w tym wypadku oświadczenia banku załączonego do złożonych wyjaśnień w kontekście spełnienia warunku. Wskazać należy, że w zakresie złożenia dokumentu - informacji banku - Odwołujący był już raz wzywany, dlatego też nie można złożonego bez wezwania Zamawiającego oświadczenia banku traktować jako uzupełnionego dokumentu lub uzupełnienia dokumentu już złożonego.

Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy oraz nie naruszył zasad prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy wykluczając Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postąpił w sposób prawidłowy zachowując porządek wykonywanych czynności.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – Izba uznała za zasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Tomie I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w punkcie 8.3.2. w poz. nr 4 IDW wymagał, aby *Ekspert w dziedzinie ekonomiki transportu kolejowego:*

- Doświadczenie – minimum 3 letnie doświadczenie w swojej dziedzinie. Ekspert musi wykazać się wykonaniem w ostatnich 5 latach co najmniej 3 prac związanych z analizą efektywności ekonomiczno – finansowej.

24

Zamawiający pismem z 16 kwietnia 2014 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu tj. Wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ). W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący za pismem z 28 kwietnia 2014 roku złożył Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (karta 7 – 23) stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje w tym miejscu, że zarówno w odwołaniu jak i w piśmie Odwołującego oraz na rozprawie do protokołu podane zostały jawnie informacje objęte w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczące imienia i nazwiska osoby, jej doświadczenia z powołaniem wszystkich trzech wskazanych prac. W załączonym na wezwanie wykazie Odwołujący wskazał Pana J. ego, w pozycji 4 tabeli, na stanowisko eksperta w dziedzinie ekonomiki transportu kolejowego. W wykazie w kolumnie *Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnienie warunków* podane zostały trzy prace, w tym: *Rekomendowana polityka taryfowa dla PKP SKM w Trójmieście - opracowanie na rzecz PKP SKM w Trójmieście, obejmujące m.in. prognozowanie potrzeb przewozowych, strategiczne planowanie oferty przewozowej, analizę i prognozę marketingową.*

Jako podstawę faktyczną wykluczenia wykonawcy z postępowania Zamawiający podał: *Osoba wskazana na to stanowisko (poz. 4 wykazu) – w uzupełnionym wykazie wskazano jedynie 2 prace związane z analizą efektywności ekonomiczno – finansowej, podczas gdy Zamawiający wymagał co najmniej 3.*

Izba wskazuje, że po pierwsze z samej treści uzasadnienia podstawy wykluczenia nie zostało podane, która ze wskazanych w wykazie trzech prac nie potwierdza spełnienia

wymagań określonych przez Zamawiającego, jednakże uwzględniając odwołanie do treści warunku niewątpliwie chodziło o powołaną wcześniej pracę: *Rekomendowana polityka taryfowa dla PKP SKM w Trójmieście*. Z treści uzasadnienie wykluczenia wynioskować należy, że paca ta nie potwierdza spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego jedynie dlatego, że nie zawiera w opisie słów „analiza efektywności ekonomiczno – finansowej”. Jednocześnie, jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający nie wymagał opisanego doświadczenia danej osoby słowami zawartymi w samej treści wymagania a prace miały być związane z analizą efektywności ekonomiczno – finansowej. Wskazać należy, że Zamawiający za pismem z 29 maja 2014 roku wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie innego specjalisty, w stosunku do którego pewne informacje nie były jednoznaczne (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz co do poz. 4 Zamawiający również wzywał do złożenia wyjaśnień lecz w innym zakresie niż dotyczącym doświadczenia (tajemnica przedsiębiorstwa). W ocenie Izby, uwzględniając fakt, że Zamawiający nie wymagał podania w opisie doświadczenia słów analiza efektywności ekonomiczno – finansowej, co wskazał w Piśmie

25

Zamawiającego (karta 12, pkt c) oraz niezakwestionowaną przez Zamawiającego argumentację Odwołującego, że z treści *strategiczne planowanie oferty przewozowej* wynika, że czynności jakie dokonywał Pan J. dotyczyły analizy efektywności ekonomiczno – finansowej Zamawiający mógł wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 doświadczenie wykazywane przy pomocy kwestionowanej pracy. 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. Zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust. 4 ustawy w zakresie innych niejasności, bowiem wskazać należy, że przepis ten stanowi obowiązek Zamawiającego tym bardziej w przypadku gdy w sposób tak niejednoznaczny można było wykazywać doświadczenie przy realizacji poszczególnych prac. Zaznaczyć należy, że wyjaśnienie nie może wiązać się ze zinną złożonego oświadczenia, jednakże pozwoliłoby Zamawiającemu poznać stanowisko Odwołującego co do przesłanek, które zdecydowały o posłużeniu się w wykazie daną pracą, a co do której Zamawiający ustalił na podstawie wskazanego doświadczenia, że nie spełnia wymagań Zamawiającego. Odnosząc to do zaistniałej w sprawie sytuacji, wskazać należy, że skoro Zamawiający dopuścił opisywanie doświadczenia dowolnie przez wykonawców, nie wskazując na konieczność podania jakichkolwiek szczególnych elementów, uwzględniając przejrzystość postępowania jaką powinien kierować się Zamawiający postępując zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania, tym bardziej, jeżeli Zamawiający nie potrafił ocenić zawartych w wykazie dla pracy *Rekomendowana polityka taryfowa dla PKP SKM w Trójmieście* informacji w zakresie doświadczenia, powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Natomiast w tym przypadku Zamawiający poprzestał na dowolnej ocenie doświadczenia, wydaje się, że opartej jedynie na stwierdzeniu braku w opisie doświadczenia sformułowania analiza efektywności ekonomiczno – finansowej. Dowody złożone przez Odwołującego (dowód nr 3) – referencje złożone na okoliczność potwierdzenia, że wskazane w tabeli uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego doświadczenie eksperta w dziedzinie ekonomiki transportu kolejowego odpowiada wymaganiom Zamawiającego, a prace jakimi legitymuje się ów ekspert (pozycja 4 wykazu) związane są z analizą efektywności ekonomiczno – finansowej; po pierwsze nie zmieniają treści złożonego w wykazie oświadczenia co do posiadanego doświadczenia, po drugie stanowią oświadczenia podmiotów, na rzecz których ekspert wykonywał prace i potwierdzają oświadczony przez wykonawcę w wykazie zakres prac. W związku z powyższym, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy.

26

W zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia – Izba uznała za zasadny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania

wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy przez lakoniczne uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz zaniechanie wykazania, że złożone przez Wykonawcę dokumenty poświadczające brak karalności członków Zarządu Wykonawcy dotyczą wszystkich sprawujących w dacie upływu terminu składania ofert w postępowaniu funkcję organu zarządzającego Wykonawcy, art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) ustawy przez błędne uznanie, iż Wykonawca nie wykazał, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji wykluczenie Wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca złożył wszystkie wymagane ustawą dokumenty, które nakazywały przyjąć, iż w stosunku do Wykonawcy nie ziszcza się przesłanka skutkująca jego wykluczeniem z postępowania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Tomie I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w punkcie 9.1.2. lit. b IDW wymagał: *W celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Ustawy, Wykonawca winien przedłożyć wraz z ofertą następujące dokumenty: (...) b) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 Ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.*

Zgodnie z punktem 9.3.2 IDW *Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 9.1.2 IDW: (...) Lit. (b) – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 Ustawy.*

Zamawiający pismem z 16 kwietnia 2014 roku podał w punkcie 4):

Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Sądowego

dla członków zarządu EUROCONSULT S.A. do oferty nie załączono aktualnej • informacji z Krajowego Rejestru Sądowego ani zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty

27

dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. W Hiszpanii wydaje się zaświadczenie z Centralnego Rejestru Karnego, brak zatem możliwości zastąpienia ich oświadczeniem złożonym przed notariuszem. (...) Zwracamy się do Państwa o uzupełnienie ww. dokumentów uwzględniających wszelkie wymogi IDW oraz w należyty sposób potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący za pismem z 28 kwietnia 2014 roku, pkt Ad. 7) pisma: *Dokumenty dotyczące niekaralności członków Zarządu Wykonawcy.*

Wykonawca dołącza do niniejszego pisma dokumenty potwierdzające, że żaden z członków Zarządu Wykonawcy nie został nigdy skazany za jakiegokolwiek przestępstwo oraz załączono dokumenty (karta 73- 84).

Jako podstawę faktyczną wykluczenia wykonawcy z postępowania Zamawiający podał: *Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10-11 Ustawy powinien był przedstawić zaświadczenia o niekaralności dla Członków Zarządu EUROCONSULT. W odpowiedzi na wezwanie nie uzupełniono przedmiotowego dokumentu dla dwóch osób wskazanych w zaświadczeniu z rejestru handlowego (str. 87) jako Członkowie Zarządu spółki, tj. nie wykazano braku podstaw do wykluczenia w odniesieniu do Pana J. A. P. J. i Pana J. R. R. . Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy.*

W pierwszej kolejności należy wskazać, że między stroną nie było sporne, że członkowie zarządu Pana J. A. P. J. i Pana J. R. R. zostali odwołani z zarządu.

Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego (dowód nr 2) tj. dokument prywatny - informację o odwołaniu członków zarządu w prawie hiszpańskim (4 karty) złożony na okoliczność wykazania, od kiedy skuteczne jest odwołanie z pełnionej funkcji i że jest to takie

samo rozwiązanie, jak w prawie polskim. Z treści przedstawionego dokumentu wynika, w oparciu o art. 94 ust. 4 Rozporządzenia o Rejestrze Handlowym (RRM), że odwołanie członków zarządu należy wpisać w Rejestrze Handlowym, na podstawie Zaświadczenia o Treści Uchwały Walnego ZgR. dzenia (art. 147 RRM) w celu publikacji daty odwołania natomiast odwołanie członków zarządu jest skuteczne od dnia Walnego ZgR. dzenia, które mocą uchwały przyjmuje rezygnację lub zatwierdza odwołanie członków zarządu, z wyjątkiem sytuacji, w której Walne ZgR. dzenie podejmie uchwałę o wyznaczeniu innej daty. Dowód ten potwierdza prezentowane przez Odwołującego stanowisko, że odwołanie członka

28

zarządu w prawie hiszpańskim jest skuteczne z chwilą odwołania a wpis w Rejestrze ma charakter deklaratoryjny.

W tym miejscu należy również zaznaczyć, że Zamawiający za pismem z 16 kwietnia 2014 roku (punkt 2) wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wyjaśniając jednocześnie, że do ofert zostały załączone dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę EUROCONSULT S.A., czyli w Hiszpanii potwierdzające, że w stosunku do tego Wykonawcy nie ogłoszono likwidacji, ale z wypisu z rejestru nie wynika, że w stosunku do ww. spółki nie ogłoszono upadłości. Na okoliczność czego odwołujący za pismem z 28 kwietnia 2014 roku w punkcie Ad. 4 podał: *Dokument dotyczące Wykonawcy, potwierdzający, że nie ogłoszono w stosunku do niego upadłości*. Wykonawca dołączył dokument potwierdzający, że nie ogłoszono (karta 61-62).

Izba wskazuje, że każdy z dokumentów jakich Zamawiający może żądać w postępowaniu o udzielenie zamówienia od wykonawców składany jest w konkretnym celu i ma za zadanie potwierdzić wykazanie ustalonych w obowiązujących przepisach informacji. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, § 3 ust. 1 pkt 2 - *W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust.1 ustawy (...) zamawiający żąda (...) następujących dokumentów: (...) 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (...), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy (...)*. Zgodnie z ustawą art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 2) wykonawców w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym potwierdzeniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego*. Z powyższego jednoznacznie wynika w jakim celu składane są dokumenty rejestrowe. Izba zgadza się z Odwołującym, że żaden z dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest składany na okoliczność wykazania składu osobowego organu (zarządu) danego podmiotu. Co do zasady słuszność miał Zamawiający wskazując na konieczność składania aktualnych dokumentów rejestrowych, jednakże w ocenie Izby, uwzględniając ustawowe okoliczności, dla których potwierdzenia składany jest dokument rejestrowy, nie może on stanowić podstawy weryfikacji składu osobowego zarządu spółki,

29

tym bardziej prowadzić w oparciu o te informacje do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 *Z postępowania o zamówienia o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo (...), 11) wykonawców będących spółką jawą, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo - akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu (...) prawomocnie skazano za przestępstwo (...)*. Tym samym, Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających niekaralność jedynie w zakresie urzędujących członków organu.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego w Piśmie

Zamawiającego (karta 11, punkt 2), że Odwołujący zaniechał wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy składem członków zarządu ujawnionym w załączonym wypisie z rejestru a przedstawionymi dokumentami mającymi potwierdzać brak karalności członków zarządu. Zamawiający jednoznacznie w wezwaniu wskazał, że zwraca się do odwołującego o uzupełnienie dokumentów (nie ma mowy o wyjaśnieniach) tj. *zaświadczenia z Centralnego Rejestru Karnego* w należyty sposób potwierdzających spełnienie określonych warunków. Fakt, że Zamawiający we wstępnej części pisma podaje podstawę art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nie wskazuje na żądanie wyjaśnień, bowiem ta część stanowi ogólne przytoczenie podstawy prawnej natomiast w dalszej części pisma Zamawiający podaje szczegółowo, dla każdego żądanego dokumentu czy żąda jego uzupełnienia czy też wyjaśnienia lub/i uzupełnienia. Zamawiający zażądał od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie uzupełnianych dokumentów pismem z 29 maja 2014 roku ale nie żądał tam wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów z Centralnego Rejestru Karnego a dokładniej nie żądał wyjaśnienia w zakresie nieprzedstawienia dokumentów dla Pana J. A. P. J. i Pana J. R. R. . Niezaprzeczalnie Odwołujący nie dochował staranności składając dokumenty na wezwanie, bowiem mógł wyjaśnić jaki jest skład zarządu spółki lub przedstawić informację, że odwołanie członków zarządu Pana J. A. P. J. i Pana J. R. R. nastąpiło w dniu 16 grudnia 2013 r. a w dniu 13 stycznia 2014 r. zostało to zgłoszone do właściwego rejestru. Jednakże w ocenie Izby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ Odwołujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego stosowane dokumenty dla urzędujących członków zarządu, zgodnie z wymaganiami SIWZ, tym samym nie została spełniona przesłanka ustawowa wykluczenia z postępowania. W realiach tej sprawy, w zakresie podniesionego zarzutu przy uwzględnieniu faktu, że żaden ze składanych dokumentów w postępowaniu nie jest dokumentem składnym na potwierdzenie wykazana składu osobowego urzędujących członków zarządu

30

szczególnego znaczenia nabiera instytucja wyjaśnienia dokumentów określona w art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* podnoszonych w obu postępowaniach, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołujących zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli: (...) 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert* Izba wskazuje, że ta podstawa prawna odrzucenia oferty ma zastosowanie do innych trybów niż tryb przetargu nieograniczonego. W przypadku przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. Niemniej, istota odrzucenia oferty, uznania jej za odrzuconą w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania co do Odwołującego EUROCONSULT S.A. San Sebastian de Los Reyes (Madrid) Avda Cortao num 17, San Sebastian 28700 (adres do doręczeń: Al. Jerozolimskie 99 lok. 19, 02-001 Warszawa (sygn. akt KIO 1332/14) była zasadna natomiast co do Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SAFAGE Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (pełnomocnik) oraz Schuessler – Plan Inżynierzy ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa (sygn. akt KIO 1323/14) nie znajduje uzasadnienia w kontekście uwzględniania zarzutów odwołania.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie

najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

31

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 i § 6 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). Izba zasądziła koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu reprezentacji oraz udziału w sprawie w ten sposób, że obciążyła nimi w częściach równych Odwołujących.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....

32