

WYROK
z dnia 17 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **16 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o. o., 03-581 Warszawa, ul. Karkonoszy 45** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Infrastruktury, 00-928 Warszawa, ul. Chałubińskiego 4/6** protestu z dnia **22 czerwca 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: PwC Polska Sp. z o. o., Centrum Zamówień Publicznych Sp. z o. o., 00-638 Warszawa, al. Armii Ludowej 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o. o., 03-581 Warszawa, ul. Karkonoszy 45 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o. o., 03-581 Warszawa, ul. Karkonoszy 45;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o. o., 03-581 Warszawa, ul. Karkonoszy 45.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „analiza rynku wykonawców i projektantów oraz barier występujących przy realizacji zamówień publicznych w budownictwie kolejowym w Polsce”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 3 kwietnia 2009 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 91966-2009.

W dniu 8 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie wskazanych poniżej przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie następujących czynności:

a) sprzeczne z określonymi w SIWZ warunkami udziału w postępowaniu przyjęcie przez Zamawiającego, że ekspert ds. zamówień publicznych powinien posiadać doświadczenie w realizacji określonej procedury udzielania zamówień publicznych, w zakresie

przygotowaniem, które związane są z przeprowadzenia wszelkich czynności, publicznego, co przeprowadzeniem i jest niezgodne z udzieleniem zamówienia postanowieniami rozdziału VI ust. 2 pkt 2.4 SIWZ i w istocie stanowi modyfikację pierwotnych

2

warunków udziału w niniejszym postępowaniu, co narusza art. 38 ust. 4, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 70 i § 3 kodeksu cywilnego (k.c.) w zw. z art. 14 ustawy Pzp:

- b) wykluczenie Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, mimo nie zaistnienia przesłanek do wykluczenia wskazanych w przedmiotowym przepisie;
- c) odrzucenie oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, mimo, że Odwołujący się nie podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem nie ma również podstaw do odrzucenia jego oferty;
- d) wybór oferty Wykonawcy: Konsorcjum PwC Polska Sp. z o.o. i CZP Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej niezgodnie z art. 91 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że wśród ważnych, nie podlegających odrzuceniu ofert, podlegających badaniu i ocenie oferta w/w Wykonawcy nie jest najkorzystniejsza, ponieważ ofertą najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i SIWZ jest oferta Odwołującego się;
- e) zatrzymanie przez Zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, mimo iż nie występują wymienione w powyżej wskazanym przepisie przesłanki do takiego zatrzymania wadium, ponieważ Odwołujący się załączył dokument poświadczający spełnianie przez wskazanego specjalistę ds. zamówień publicznych wymogów określonych w SIWZ;
- f) dokonanie wbrew przepisom ustawy Pzp powyżej wskazanych czynności przez Zamawiającego, prowadzi równocześnie do naruszenia przez Zamawiającego wynikających z art. 7 ust. 1, 3 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższe zarzuty i wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp Odwołujący się wniósł o: unieważnienie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego się z niniejszego postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, unieważnienie czynności modyfikacji warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 1 czerwca 2009 w piśmie z informacją o wykluczeniu wykonawców, odrzuceniu ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, jako dokonanej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, przyjęcie przez Zamawiającego do oceny spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie eksperta ds. zamówień publicznych wiążących Zamawiającego i wykonawców warunków zawartych w SIWZ, nie zaś warunków udziału w postępowaniu w zakresie eksperta ds. zamówień publicznych, określonych w piśmie z dnia 1 czerwca 2009 z informacją o wykluczeniu wykonawców, odrzuceniu ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie przez Zamawiającego czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu na

3

podstawie wymogów określonych w SIWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ z ofert nie podlegających odrzuceniu w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający w SIWZ nie określił, że wymaga od eksperta ds. zamówień publicznych dokonywania czynności jedynie po stronie Zamawiającego i uczestnictwa eksperta ds. zamówień publicznych w realizacji postępowania po stronie Zamawiającego. Odwołujący się zauważa, że nie tylko zamawiający, ale także Wykonawca bierze udział w realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i podejmuje szereg czynności zmierzających do realizacji postępowania tj. uzyskania zamówienia i zawarcia właściwej umowy. Przytoczona przez Zamawiającego definicja słowa realizacja zawarta w Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998) tj. "wprowadzanie czegoś w życie, w czyn; urzeczywistnianie; zrealizowanie czegoś; realizacja planu, zamierzeń, zadań" odnosi się

zatem nie tylko do czynności podejmowanych przez Zamawiającego w celu realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również do czynności Wykonawcy. Wykonawca uczestnicząc w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tym samym bierze udział w jego realizacji. Wykonawca realizuje "zamierzenie", "plan" uzyskania zamówienia publicznego poprzez m.in. złożenie oferty, wnoszenie środków odwoławczych czy podpisanie umowy i jej wykonanie. Podejmuje czynności by "urzeczywistnić" założenie uzyskania zamówienia publicznego.

Jak wskazał Odwołujący się w piśmie z dnia 20 maja 2009 r. wskazany przez niego ekspert ds. zamówień publicznych brał udział w realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego po stronie Wykonawcy. Dokonywał szeregu czynności mających na celu uzyskanie przez wykonawców zamówienia publicznego, czego zresztą Zamawiający nie kwestionuje.

Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający nie wskazał, że oczekuje by ekspert ds. zamówień publicznych pełnił np. funkcję członka komisji przetargowej, czy funkcję kierownika zamawiającego, czy świadczył pomoc prawną na rzecz Zamawiającego. Nie ograniczył w żaden sposób czynności związanych z realizacją postępowań o udzielenie zamówienia publicznego do czynności podejmowanych po stronie Zamawiającego.

W SIWZ nie wskazano, by ekspert ds. zamówień publicznych wykazał się doświadczeniem w przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówień publicznych, którą to terminologią posługuje się ustawa Pzp przy określaniu obowiązków Zamawiającego. Jeżeli intencją Zamawiającego było by ekspert ds. zamówień publicznych wykazał się wykonywaniem czynności po stronie Zamawiającego związanych z i to Zamawiający ma przygotowaniem i prowadzeniem postępowania obowiązek jednoznacznie wskazać to w SIWZ. Jako podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp

4

Zamawiający z pewnością ma świadomość, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wyczerpuje w pełni definicji "realizacja" postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ pojęcie "realizacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" jest pojęciem dużo szerszym niż pojęcie "przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Zamawiający w rzeczywistości wbrew określonym w SIWZ warunkami udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym eksperta ds. zamówień publicznych uznał, że taki ekspert powinien posiadać doświadczenie w przeprowadzaniu wszelkich czynności, które związane są z przygotowaniem, przeprowadzeniem i udzieleniem zamówienia publicznego, czyli doświadczenie w realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego po stronie Zamawiającego. Tym samym Zamawiający naruszył m.in. art. 70 i § 3 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, wedle którego Zamawiający jest związany treścią SIWZ od momentu jej udostępnienia wykonawcom. W SIWZ określono, że ekspert ds. zamówień musi posiadać 3 letnie doświadczenie w realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (tj. po stronie Zamawiającego lub Wykonawcy) a nie jak błędnie przyjmuje Zamawiający doświadczenie wyłącznie w przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówień publicznych tj. realizacji postępowań o udzielenie zamówienia po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany w treści SIWZ dokonać opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zamawiający powinien uczynić to w sposób precyzyjny i jednoznaczny. Wskazany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, winien być odczytywany ściśle, zgodnie z jego literalnym brzmieniem. W innym bowiem przypadku sposób oceny spełniania warunku byłby nie do przewidzenia, wykonawcy nie znalazłby reguł interpretacji warunku, jakie ostatecznie przyjmie zamawiający. (sygn. akt: KIO/UZP 1156/08, KIO/UZP 1013/08).

W ocenie Odwołującego się w informacji o wykluczeniu wykonawców, odrzuceniu ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 czerwca 2009 r., Zamawiający w istocie przyjął za wiążące Wykonawców odmienne niż wskazane w SIWZ wymogi stawiane ekspertowi ds. zamówień publicznych, co jest również sprzeczne z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że zmiana treści SIWZ, w tym przypadku zakreślenie nowych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w Rozdziale VI ust. 1 pkt. 2.2 jest niedopuszczalna na tym etapie postępowania. Zatem Zamawiający nie może na podstawie

takiej zmodyfikowanej treści SIWZ dokonywać oceny ofert.

Poza tym należy Odwołujący się zauważyć, że Zamawiający dopuszcza by specjalista ds. zamówień publicznych uczestniczył w realizacji co najmniej jednej dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego Projektów Inwestycyjnych

5

po stronie Zamawiającego bądź po stronie Wykonawcy (tj. zgodnie z Działem II, Rozdziałem V ustawy PZP). Tym bardziej niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający w piśmie z dnia 1 czerwca 2009 r. modyfikuje treść SIWZ w zakresie wymaganego od eksperta ds. zamówień publicznych doświadczenia w realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ograniczając to doświadczenie jedynie do czynności wykonywanych po stronie Zamawiającego.

Niezrozumiałe dla Odwołującego się jest stwierdzenie Zamawiającego, że Wykonawca nie wniósł protestu na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień / uzupełnienia dokumentów. Z ostrożności Odwołujący się wskazuje, że Wykonawca nie ma interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp do wniesienia protestu na takie czynności Zamawiającego. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wzywał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 6 maja 2009 r. oraz pismem z dnia 15 maja 2009 r. oczywiście w zakresie odmiennych okoliczności. W przeważającej mierze wyjaśnienia złożone przez Odwołującego się pismem z dnia 11 maja 2009 i pismem z 15 maja 2009 zostały przez Zamawiającego uznane. Nie można twierdzić, że wezwanie do było sprzeczną z wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów czynnością

Zamawiającego

przepisami ustawy Pzp, powodującą uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego się w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, a tylko związek przyczynowy pomiędzy wskazanymi przesłankami umożliwia wniesienie protestu na czynności Zamawiającego.

W dniu 10 czerwca 2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie zgłosiło konsorcjum: PwC Polska Sp. z o.o., CZP Sp. z o.o. Przystępujący podnosi, iż rozumienie spornego warunku udziału w postępowaniu przyjęte przez Odwołującego się nie znajduje uzasadnienia w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, a ponadto odbiega od tego, jak wszyscy pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu ten warunek zrozumieli.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp "postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający". Nie oznacza to, że wykonawcy nie uczestniczą w postępowaniu: biorąc udział w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego składają oświadczenia woli i wiedzy przewidziane ustawą Pzp. Fakt, że wykonawcy mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie oznacza jednak, że wykonawcy realizują to postępowanie.

Realizacja, to -zgodnie z definicją słownikową przywoływaną zarówno przez Zamawiającego, jak i Odwołującego się - wprowadzanie czegoś w życie, urzeczywistnienie, realizacja planu, zamierzeń. Wprowadzanie w życie (realizacja) postępowania polega na podejmowaniu przez zamawiającego szeregu czynności zmierzających do udzielenia zamówienia. Czynnościami zamawiającego wprowadzającymi postępowanie w życie są w szczególności: publikacja ogłoszenia o zamówieniu, udostępnienie SIWZ, powołanie komisji

6

przetargowej, otwarcie ofert, kwalifikacja wykonawców, badanie i ocena ofert, wybór oferty najkorzystniejszej ewentualnie unieważnienie postępowania. To poprzez te czynności zamawiającego urzeczywistnia się postępowanie o udzielenie zamówienia. Co do zasady, od wykonawcy oczekuje się podjęcia tylko jednej czynności -złożenia oferty, przy czym wystarczy, aby tylko jeden wykonawca złożył jedno oświadczenie, aby postępowanie zakończyło się zawarciem umowy. Nawet jednak w przypadku, gdy żaden z wykonawców nie podejmie żadnej czynności w postępowaniu, postępowanie jest przeprowadzone (zrealizowane). Realizacja takiego postępowania kończy się jego unieważnieniem, jednak nie każda realizacja postępowania o udzielenie zamówienia prowadzi do zawarcia umowy. To wyraźnie pokazuje czym jest postępowanie o udzielenie zamówienia i na czym polega jego realizacja, jak też która ze stron go realizuje.

Realizacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga, więc, ciągu

czynności zamawiającego, nie wymaga natomiast żadnej czynności od żadnego z wykonawców. W tej sytuacji, twierdzenie Protestującego jakoby wykonawca realizował postępowanie o udzielenie zamówienia jest sporym nadużyciem. Protestujący słusznie twierdzi, że: "Wykonawca realizuje "zamierzenie", "plan" uzyskania zamówienia publicznego poprzez m. in. złożenie oferty, wnoszenie środków odwoławczych czy podpisanie umowy i jej wykonanie. Podejmuje czynności by "urzeczywistnić" założenie uzyskania zamówienia". Stwierdzenie to wyraźnie wskazuje, że "zamierzenia" i "plany" wykonawcy są istotnie różne od zamierzeń zamawiającego, a jedyną wspólną płaszczyzną jest to, że obie strony coś realizują: zamawiający -postępowanie o udzielenie zamówienia, wykonawca -zamierzenie uzyskania zamówienia.

Odwolujący się zdaje się nie odróżniać pojęć "realizacja postępowania" od "realizacja zamówienia". O ile stroną realizującą (prowadzącą) postępowanie o udzielenie zamówienia jest zamawiający, o tyle podmiotem realizującym zamówienie jest wykonawca. Przyjmując punkt widzenia Odwołującego się należałoby stwierdzić, że zamawiający uczestniczy w realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego na równi z wykonawcą zamówienia (dokonuje przecież co najmniej odbioru prac i płatności za nie). Równie nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego się jakoby wykonawca, przygotowując oferty, nabywał doświadczenie w realizacji postępowań o udzielenie zamówienia.

Powyższe prowadzi do wniosku, że choć Zamawiający nie posłużył się w SIWZ pojęciami "przygotowanie i przeprowadzenie postępowania", użyte sformułowanie "realizacja postępowania" musi być rozumiane jako podejmowanie przez zamawiającego określonych ustawą Pzp czynności. Pogląd przeciwny prowadzi do absurdalnych wniosków i nie może się ostać.

Analogicznie należy rozumieć pojęcie "dokumentacji przetargowej" użyte przez Zamawiającego. Odwołujący się utożsamia tę dokumentację z protokołem postępowania i z

7

faktu, że oferty są załącznikami do protokołu postępowania wywodzi, że wykonawca uczestniczy w realizacji dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem pojęcie dokumentacji przetargowej użyte w Rozdziale VI SIWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) należy rozumieć tak, jak to samo pojęcie użyte w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga od wykonawcy przedmiotowego zamówienia (pkt 2.2.) przeanalizowania praktyki udzielania zamówień publicznych, w szczególności "w zakresie określanych w dokumentach przetargowych warunków udziału w postępowaniu (dotyczących doświadczenia, kwalifikacji, uprawnień, sytuacji ekonomiczno-finansowej, dysponowania konkretnym sprzętem itp.). Oczekuje się, że analiza zapisów dokumentacji przetargowej dla 10 postępowań z ostatnich dwóch lat (...) umożliwi odpowiedź na pytanie czy zapisy zawarte w dokumentacji przetargowej konstruowane są w sposób zapewniający pełną konkurencyjność postępowań." Na podstawie powyższych stwierdzeń oczywistym jest, że Zamawiający pod pojęciem dokumentacji przetargowej rozumie ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, zaproszenia do składania ofert i inne tego typu dokumenty, które -w zależności od trybu postępowania - stanowią podstawę składania ofert. To zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu i to opracowana przez zamawiającego dokumentacja przetargowa ma być przedmiotem analizy przez wybranego w niniejszym postępowaniu wykonawcę. Powyższe prowadzi do wniosku, że -choć Zamawiający posłużył się nieznanym ustawie Pzp pojęciem "dokumentacji przetargowej" -to jednak zawarł w SIWZ wystarczająco dokładny opis tego, co rozumie pod tym pojęciem. Opis ten jednoznacznie wskazuje, że chodzi o dokumenty opracowywane przez zamawiającego określające warunki udziału w postępowaniu, a nie o oferty składane przez wykonawców.

W związku z powyższym Przystępujący stwierdza, że Odwołujący się nie wykazał, że kandydat na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych posiada doświadczenie w realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ani nie wykazał, że posiada doświadczenie w realizacji choćby jednej dokumentacji przetargowej, a właściwie wykazał, że osoba ta nie posiada wymaganego doświadczenia oraz nie skorzystał z możliwości uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego.

W dniu 17 czerwca 2009 r. Zamawiający protest oddalił, podtrzymując stanowisko

wyrażone w piśmie z dnia 29 maja 2009 r. W szczególności, Zamawiający podnosi, że sporny warunek został spełniony przez wszystkich pozostałych Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skłania to do wniosku, iż sporne postanowienie pkt 2.4 SIWZ nie budziło wątpliwości ani nie powodowało braku zrozumienia ze strony pozostałych czterech Wykonawców.

8

Dla prawidłowej oceny zarzutów podniesionych przez Odwołującego się kluczowe jest rozstrzygnięcie zakresu pojęcia „realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „realizacji zamówienia publicznego” odnośnie udziału w tym procesie Wykonawcy oraz Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że zadaniem Wykonawcy jest wykonanie zleconego zamówienia publicznego, czyli inaczej mówiąc zrealizowanie go. W tym przypadku Wykonawca uczestniczy w realizacji zamówienia publicznego a Zamawiający ewentualnie współdziała określając wytyczne zamówienia, przyjmując czy odbierając wykonanie usługi, dostawy lub roboty budowlane. Inaczej ma się jednak kwestia przy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku, to Zamawiający jest realizatorem tego postępowania, on je organizuje i wybiera ofertę najkorzystniejszą. Na taką rolę Zamawiającego wskazują przepisy Pzp, takie jak w szczególności art. 15 ust. 1 i art. 16 ust. 1, które stanowią, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania należy do zamawiającego. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania oznacza w istocie „realizację postępowania”. Na prawidłowość wniosku wskazuje nadto wykładnia literalna pozostałych przepisów Pzp, takich jak art. 67 ust. 1 pkt 5 czy art. 142 ust. 2 wskazuje ponad wszelką wątpliwość, iż pojęcie realizacji zamówienia znajduje zastosowanie do Wykonawcy i wykonywanej umowy. A realizacja postępowania o zamówienie publiczne dotyczy roli i zadań zamawiającego.

Na realizację postępowania o zamówienie publiczne składa się szereg czynności, które Zamawiający podejmuje w celu udzielenia zamówienia publicznego. Co więcej, realizacja postępowania poprzez jego przygotowanie i przeprowadzenie nie wymaga żadnego udziału Wykonawcy. Wykonawca może wykonywać pewne czynności doniosłe prawnie, zmierzające do uzyskania zamówienia, niemniej stanowi zasadniczo bierną stronę prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest realizowane nawet w przypadku braku Wykonawców. Udział Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sprowadza się zatem w istocie do realizacji (Przygotowania i przeprowadzenia) czynności prowadzących do uzyskania zamówienia publicznego, aniżeli do realizacji, to jest przygotowania i przeprowadzenia, samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. zapoznanie się bowiem z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia, przedłożenie zapytań do SIWZ czy wreszcie złożenie oferty i korzystanie ze środków ochrony prawnej stanowią zaledwie część czynności w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, i to część wykonawczą, odpowiadającą czynnościom realizacyjnym (urzeczywistniającym) zamawiającego.

Odwołujący się nie potwierdził, w świetle przedłożonej oferty oraz dodatkowych wyjaśnień do niej i treści protestu, że ekspert ds. zamówień publicznych p. Anna M., spełnia przesłanki określone w pkt. 2.4 SIWZ, tj. że brała ona udział w „realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

9

Stwierdzenie powyższego skutkuje materializacją obowiązku zamawiającego wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, ze względu na nie spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ.

Ponadto, odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający dokonał w istocie poprzez zawężenie pojęcia realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmiany treści SIWZ, Zamawiający podtrzymuje wyrażone powyżej stanowisko. Przedmiotowe pojęcie „realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” nie może być traktowane jako zmiana treści SIWZ, ze względu na to, iż jego literalne brzmienie nie uległo zmianie, a treść była i pozostała identyczna przez cały okres prowadzone postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie zaistniało naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, a także art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 70 i § 3 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Ze względu na obowiązek zamawiającego wykluczenia Odwołującego się z postępowania, Zamawiający był zobowiązany do dokonania wyboru Wykonawcy spośród Wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu a złożone przez nich oferty odrzuceniu. Oferta złożona przez konsorcjum PWC Polska Sp. z o. o. i CZP Sp. z o.o. okazała się najkorzystniejsza na podstawie kryteriów określonych w SIWZ.

Ponadto Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, iż zamierza dokonać zwrotu wpłaconego przez Odwołującego się wadium.

W dniu 22 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest, w którym podtrzymał zarzuty (z wyjątkiem naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp).

W dniu 7 lipca 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Jednym z warunków udziału w niniejszym postępowaniu jest warunek odnoszący się do potencjału kadrowego. Zamawiający żąda dysponowania zespołem ekspertów, w skład którego wchodzi, w szczególności: „ekspert ds. zamówień publicznych posiadający wykształcenie wyższe oraz co najmniej 3 letnie doświadczenie w realizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych oraz, który uczestniczył w realizacji co najmniej jednej dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego Projektów Inwestycyjnych” (rozdział VI, ust. 2 pkt 2.4 SIWZ). W celu potwierdzenia spełniania

10

przedmiotowego warunku należało przedstawić „wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, spełniających warunki określone w Rozdziale VI ust. 2 SIWZ (zgodnie z Załącznikiem 3d do SIWZ) – rozdział VII ust. 1 pkt 8 SIWZ.

Odwołujący się do oferty dołączył „Wykaz osób...”, sporządzony zgodnie ze wzorem Załącznika nr 3d do SIWZ, z którego wynika, że p. Anna M. zaproponowana na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych nabywała doświadczenie zawodowe w kancelariach radców prawnych, wykonując następujące czynności:

1. świadczenie pomocy prawnej na rzecz podmiotów gospodarczych w zakresie prawa cywilnego materialnego i procesowego, handlowego oraz z zakresu zamówień publicznych,
2. uczestniczenie w realizacji dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego Projektów Inwestycyjnych na rzecz:
 - konsorcjum polskich spółek biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Kompleksowa obsługa bocznic kolejowych KW S.A. w KWK Bobrek-Centrum i ZG Piekary w okresie 36 miesięcy",
 - konsorcjum polskich spółek biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Kompleksowa obsługa bocznic kolejowych KW S.A. w KWK Pokój i KWK Halemba w okresie 36 miesięcy",
 - konsorcjum polskich spółek biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Kompleksowa obsługa bocznic kolejowych KW S.A. w KWK Sośnica Makoszowy, Ruch Sośnica Ruch Makoszowy w okresie 36 miesięcy", konsorcjum polskich spółek biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Usługa transportu węgla brunatnego z Odkrywki Tomisławice do ZE PAK".

Pismem z dnia 15 maja 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących „Wykazu osób..”, „który w ocenie Komisji Przetargowej nie potwierdza spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale VI ust. 2 pkt 2.1 SIWZ, bądź złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przedmiotowego warunku.”

„Zamawiający wskazał, że zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego

(Wydawnictwo naukowe PWN – Warszawa 1998 r.), „realizację” należy rozumieć jako „wprowadzenie czegoś w życie, w czyn; urzeczywistnienie; zrealizowanie czegoś; realizacja planu, zamierzeń, zadań.” Stąd realizację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć jako realizację określonej procedury udzielania zamówienia

11

publicznego, tj. przeprowadzenie wszelkich czynności, które związane są z przygotowaniem, przeprowadzeniem i udzieleniem zamówienia publicznego.

Wykazany w Państwa ofercie w „Wykazie osób..” (str. 39-45) opis zakresu czynności wykonywanych przez Panią Annę M. zaproponowaną na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych może wskazywać, że jej doświadczenie w zakresie zamówień publicznych opiera się wyłącznie na świadczeniu pomocy prawnej na rzecz podmiotów gospodarczych, tj. wykonawców. Powyższe budzi wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia warunku posiadania przez przedmiotowego eksperta co najmniej 3-letniego doświadczenia w realizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Z analogicznych powodów wątpliwości Zamawiającego budzi także spełnianie warunku uczestnictwa w realizacji co najmniej jednej dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego Projektów Inwestycyjnych. Z wykazu nie wynika bowiem jednoznacznie czy ekspert brał udział w realizacji dokumentacji przetargowej.”

W odpowiedzi na przedmiotowe pismo (pismo z dnia 20 maja 2009 r.), Odwołujący się polemizuje ze sposobem rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu i przedstawia jedynie zakres czynności osoby zaproponowanej na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych, który ma potwierdzać spełnienie przedmiotowego warunku, w rozumieniu Odwołującego się.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2009 r. modyfikuje dotychczasowe warunki udziału w postępowaniu, wprowadzając dla Wykonawcy nowe wymagania, zgoła odmienne od dotychczasowych postanowień SIWZ. Z warunku określonego przez Zamawiającego nie wynika, że wspomniany ekspert powinien uczestniczyć po stronie Zamawiającego w realizacji co najmniej jednej dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego Projektów Inwestycyjnych. Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował również, na potrzeby niniejszego postępowania, pojęcia "dokumentacja przetargowa". Natomiast, niewątpliwie dokumentacja przetargowa obejmuje zarówno ogłoszenie, SIWZ, protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także oferty, umowę w sprawie zamówienia publicznego, a także inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców. Na gruncie przepisów ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego się, nie jest możliwe w jednym postępowaniu dokonywanie czynności w imieniu zamawiającego oraz w imieniu wykonawcy (art. 17 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem Wykonawca, chcąc spełnić określony w Rozdziale VI ust. 2 pkt. 2.4. SIWZ warunek musiał wskazać eksperta ds. zamówień publicznych, który uczestniczył w realizacji jednej (co najmniej jednej) dokumentacji przetargowej tzn. bądź po stronie Zamawiającego bądź po stronie wykonawcy.

Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający nie ograniczył "udziału w realizacji" czy też "realizacji" dokumentacji przetargowej do określonych czynności. Niewątpliwie jest, że

12

zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie wykonawcy, dokumentacja powinna być przygotowana i złożona zgodnie z przepisami z zakresu prawa zamówień publicznych. Osoba, wskazana jako ekspert z zakresu zamówień publicznych musi znać obowiązujące przepisy z zakresu zamówień publicznych i pod ich kątem oceniać dokumenty i przygotowywać dokumentację uczestników postępowania tj. zamawiającego, bądź wykonawcy. Na realizację dokumentacji składa się szereg czynności, w tym ocena prawna składanej oferty i załączników do oferty, pod kątem zgodności z wymogami określanymi przez Zamawiającego oraz przepisami prawa. Niewątpliwie wskazane powyżej czynności należy zakwalifikować jako uczestnictwo w realizacji dokumentacji przetargowej, a także realizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Jeżeli zaś chodzi o warunek udziału w postępowaniu w postaci 3 letniego doświadczenia w realizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych, to Odwołujący się zauważa, że zamawiający w SIWZ nie określił, że wymaga od eksperta ds. zamówień

publicznych dokonywania czynności po stronie Zamawiającego.

Osoba wskazana przez Wykonawcę jako ekspert ds. zamówień publicznych, zgodnie z informacją zamieszczoną w "Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia" świadczyła pomoc prawną na rzecz wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz przygotowywała dokumentację przetargową dla takich wykonawców. Jej czynności polegały na dokonywaniu oceny prawnej składanych ofert pod kątem zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych oraz wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, przygotowywaniu projektów oświadczeń składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przygotowywaniu zapytań do Zamawiającego odnośnie treści SIWZ, wyjaśnień, przygotowywaniu protestów, odwołań, skarg w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, reprezentowaniu wykonawców w postępowaniach wszczętych na skutek wniesienia odwołań, skarg oraz dokonywaniu innych czynności na rzecz wykonawców. W ocenie Odwołującego się, osoba wskazana jako ekspert ds. zamówień publicznych spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w rozdziale VI ust. 2 SIWZ.

Wykonawca celem rozwiania wątpliwości Zamawiającego, co do zakresu czynności osoby zaproponowanej jako specjalista ds. zamówień publicznych załączył wykaz czynności, z którego, zgodnie ze udzielonymi w niniejszym piśmie wyjaśnieniami, wynika, że zaproponowany specjalista ds. zamówień publicznych realizował dokumentację przetargową oraz realizował postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz wykonawców. Z uwagi na powyższe wyjaśnienia, wniósł o uznanie "Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia" za zgodny z wymaganiami, określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

13

Do przedstawionych wyjaśnień Odwołujący się załączył „uzupełniony zakres czynności wykonywanych przez Panią Annę Mros, zaproponowaną na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych.” Jak wynika z przedmiotowego dokumentu, wskazana osoba realizowała następujące zadania: świadczenie pomocy prawnej na rzecz podmiotów gospodarczych w zakresie prawa cywilnego materialnego i procesowego, handlowego oraz świadczenie pomocy prawnej z zakresu zamówień publicznych na rzecz podmiotów gospodarczych (wykonawców) przy realizacji dokumentacji przetargowej oraz realizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zakres świadczenia powyżej wskazanej pomocy prawnej na rzecz wykonawców obejmuje w szczególności, dokonywanie oceny prawnej składanych ofert pod kątem zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych oraz wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, przygotowywanie projektów oświadczeń składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, do odnośnie treści SIWZ, wyjaśnień, przygotowywania zapytań Zamawiającego przygotowywanie protestów, odwołań, skarg w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, reprezentowanie wykonawców w postępowaniach wszczętych na skutek wniesienia odwołań, skarg.

Odwołujący się ponownie wskazał postępowania, które obejmowały uczestnictwo ww. osoby w realizacji dokumentacji przetargowej na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego Projektów Inwestycyjnych i które zostały wymienione w „Wykazie osób...”.

Pismem z dnia 29 maja 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania, na przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie eksperta ds. zamówień publicznych.

Dołączony do oferty „Wykaz osób...”, jak i wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na pismo z dnia 15 maja 2009 r. nie potwierdzają spełnienia przedmiotowego warunku, gdyż osoba zaproponowana na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych „doświadczenie w zakresie zamówień publicznych opiera (...) wyłącznie na świadczeniu pomocy prawnej na rzecz podmiotów gospodarczych, tj. wykonawców (...).”

W tych okolicznościach zauważyć należy, że Odwołujący się udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 maja 2009 r. zaprezentował stanowisko opozycyjne w stosunku do treści wezwania, a uzupełniony dokument w istocie nie wnosi niczego nowego w odniesieniu do treści załącznika nr 3d do SIWZ (stanowiącego załącznik do oferty). Odwołujący się podejmując takie działanie faktycznie prowadzi do uszczerbku w swoim interesie prawnym. Zwrócić należy bowiem uwagę, iż wezwanie Zamawiającego jest wiążące

do wykonawcy. Oczywiście, wykonawca ma możliwość pozostawienia wezwania bez odpowiedzi, jednakże w sytuacji, w której Odwołujący się zdecydował się na udzielenie odpowiedzi i nie zakwestionował treści wezwania, w trybie środków ochrony prawnej, ma

14

obowiązek udzielić wyjaśnień, czy też uzupełnić dokumenty w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż nie miał interesu prawnego w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu protestu na czynność wezwania, gdyż „nie można twierdzić, że wezwanie (...) było czynnością Zamawiającego sprzeczną z przepisami ustawy powodującą uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego się”. Twierdzenie to jest niezrozumiałe. Przedmiotem niniejszego sporu jest sposób rozumienia warunku, do którego to sposobu odwołuje się w przedmiotowym wezwaniu Zamawiający. Jeśli więc Odwołujący się nie godził się z treścią wezwania, a powyższy fakt potwierdza polemika prowadzona z Zamawiającym w piśmie z dnia 20 maja 2009 r., miał możliwość wyrażenia swojego sprzeciwu. Zaniechanie w tym zakresie powoduje, że zarzuty dotyczące przedmiotowego warunku są spóźnione. W tej sytuacji, ocenie podlega jedynie treść uzupełnionych dokumentów.

Niezależnie od powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż Zamawiający w żaden sposób nie naruszył przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż stosownie do dyspozycji wskazanego przepisu, w SIWZ dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, sporny warunek został sprecyzowany w sposób, który nie może budzić wątpliwości, tym bardziej dla profesjonalisty. Nie można bowiem zapominać, że przedmiotem niniejszego postępowania jest m.in. analiza barier występujących przy realizacji zamówień publicznych w budownictwie kolejowym w Polsce. Faktem jest, że Zamawiający nie posługuje się terminologią wynikającą z ustawy Pzp, jednakże terminu „realizacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” w żaden sposób nie można odnosić do wykonawcy. Realizacja postępowania oznacza bowiem dokonywanie ciągu czynności zmierzających do udzielenie zamówienia. Katalog tych czynności zawarty jest w ustawie Pzp i obejmuje przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Stąd też, za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Odwołującego się, iż wobec braku żądania Zamawiającego doświadczenia w realizacji postępowania po stronie zamawiającego, możliwe jest wykazanie się doświadczeniem po stronie wykonawcy. Bez odwoływania się do definicji słownikowej terminu „realizacja” wiadomo, że słowo to oznacza podjęcie niezbędnych czynności zmierzających do osiągnięcia określonego celu. Zatem, realizacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oznacza podejmowanie czynności koniecznych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma wątpliwości, że czynności składające się na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a więc czynności wyczerpujące wskazaną procedurę, podejmowane są przez Zamawiającego. Udział wykonawcy w tych czynnościach nie jest niezbędny, a jego aktywność dotyczy wyłącznie czynności dla niego zastrzeżonych przez ustawę Pzp i podejmowanych zgodnie z tokiem czynności zakreślonych przez Zamawiającego. Na fakt, iż wykonawca nie realizuje

15

postępowania wskazuje również sama definicja wykonawcy, zgodnie z którą jest to podmiot (osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej), który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp). Ponadto, co istotne, przedmiotowego warunku nie można rozpatrywać w oderwaniu od celu, jakiemu służy. Krąg wymaganych przez Zamawiającego ekspertów ma w istocie potwierdzić, iż wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zważywszy na przedmiot zamówienia, konieczne jest posiadanie doświadczenia przez eksperta ds. zamówień publicznych, zdobytego po stronie Zamawiającego. Analiza barier występujących w realizacji zamówień publicznych ma być bowiem dokonana z punktu widzenia zamawiającego a nie wykonawcy. Zatem znajomość procesu udzielania zamówienia, rozumiana nie tylko jako wiedza z zakresu prawa zamówień publicznych, ale również wiedza praktyczna, jest tu niezbędna. Bezwzględnie takiej znajomości nie posiada osoba wykonująca wyrywkowe czynności po stronie wykonawcy.

W tych okolicznościach nie można twierdzić, że wezwanie do złożenia wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia dokumentów stanowiło zmianę treści SIWZ. Zamawiający w treści przedmiotowego pisma wskazał okoliczności budzące jego wątpliwości, wypuklając rozumienie słowa „realizacja”. Wskazując niejako, gdzie leży ciężar (istota) przedmiotowego warunku i w efekcie, które to brzmienie uzasadnia wezwanie. Postępowanie Zamawiającego jest jak najbardziej prawidłowe. Zamawiający bowiem w sposób wyczerpujący wskazał, w jakim zakresie kwestionuje dokumenty i oświadczenia Odwołującego się, tak żeby nie narazić Odwołującego się na ewentualną wątpliwość co do zakresu wezwania. W tych warunkach, Zamawiający jak związany postanowieniami SIWZ. Twierdzenie, że powyższe stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 i art. 70 i § 3 k.c. jest nieuzasadnione.

Podobne stanowisko Izba zajęła w przedmiocie realizacji dokumentacji przetargowej. Nawet, jeśli pojęcie to odnieść do protokołu postępowania i jego załączników, to nie ulega wątpliwości, że wykazanie się doświadczeniem w przygotowywaniu ofert na opracowanie dokumentacji przetargowej, nie wyczerpuje pojęcia „dokumentacji przetargowej”. Sam Odwołujący się wskazuje, że rozumie to pojęcie szerzej, zaś przygotowanie ofert jest jedynie elementem przedmiotowej dokumentacji. Wykazanie doświadczenia jedynie w tym zakresie, jest niewystarczające w świetle postanowień SIWZ.

W tych okolicznościach, skoro Odwołujący się na wezwanie nie zaproponował nowego kandydata na stanowisko eksperta ds. zamówień publicznych, właściwe było stwierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący się nie spełnił spornego warunku i na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp podlega wykluczeniu. Zaś, wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany zgodnie z przepisem art. 91 ustawy Pzp. W konsekwencji

16

stwierdzić należy, iż brak podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Natomiast rację należy przyznać Odwołującemu się, iż podstawą prawną odrzucenia jego oferty nie jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W istocie Zamawiający nie odrzuca oferty, a uznaje ją za odrzuconą z mocy prawa, na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie wpływa jednakże na wynik postępowania, a zatem nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

17

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

18