

Sygn. akt: KIO/UZP 855/09

KIO/UZP 882/09

WYROK
z dnia 21 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **9 lipca 2009r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Konsorcjum: DB International GmbH, Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Biuro Projektów Kolejowych Sp. z o.o., 10365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75 (sygn. akt. KIO/UZP 855/09).

B. Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., 00-236 Warszawa, ul. Świętojerska 5/7 (sygn. akt KIO/UZP 882/09).

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestów:

A. Konsorcjum: DB International GmbH, Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Biuro Projektów Kolejowych Sp. z o.o., 10365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75 z dnia 3 czerwca 2009r.

B. Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., 00-236 Warszawa, ul. Świętojerska 5/7 z dnia 8 czerwca 2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Arcadis Sp. z o.o., Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń INMOST-PROJEKT Sp. o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 882/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddała odwołanie wniesione przez Konsorcjum: DB International GmbH, Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Biuro Projektów Kolejowych Sp. z o.o.

2. Uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

3. Kosztami postępowania obciąża :

A. Konsorcjum: DB International GmbH, Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Biuro Projektów Kolejowych Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 855/09,

B. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 882/09,

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
Akoszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście

osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez
Konsorcjum: DB International GmbH, Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Biuro Projektów Kolejowych Sp. z o.o., 10365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75,

B koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez
Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo

Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., 00-236 Warszawa, ul. Świętojerska 5/7,

2) dokonać wpłaty kwoty 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., 00-236 Warszawa, ul. Świętojerska 5/7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

3) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: DB International GmbH, Schuessler - Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Biuro Projektów Kolejowych Sp. z o.o., 10365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75,**

B kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., 00-236 Warszawa, ul. Świętojerska 5/7.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji przedprojektowej dla zadania „Budowa połączenia kolejowego MPL „Kraków – Balice” z Krakowem, odcinek Kraków Główny – Mydlnik – Balice” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE Nr 2009/S 8 – 010338 z 14.01.2009), zostały złożone protesty, a następnie odwołania:

I. w dniu 4 czerwca 2009 r. przez Konsorcjum firm: DB International GmbH (lider), Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o.o., Ingeno Consult Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Berlinie, zwany dalej odwołującym A.

II. w dniu 8 czerwca 2009 r. przez konsorcjum firm: Movares Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, zwany dalej odwołującym B.

Wniesienie protestu przez odwołującego A nastąpiło skutkiem powiadomienia wykonawców w dniu 28 maja 2009 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum spółek: Arcadis Sp. z o.o., Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o., a także skutkiem powiadomienia o wykluczeniu odwołującego A z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami. Odwołujący B wniósł protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu PKP Polskim Liniom Kolejowym SA w

Prawo zamówień Warszawie naruszenie

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101)

Odwołujący A zarzucił naruszenie art. 46 ust. 4a Pzp, przez bezpodstawne zatrzymanie wniesionego wadium wraz z odsetkami oraz zażądał:

- 1) unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami,
- 2) zwrotu kwoty wadium wraz z odsetkami na wskazany numer rachunku bankowego.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący A przytoczył treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i podał, że przepis ten dotyczy przypadku nie złożenia przez wykonawcę wezwanego w trybie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw istnieje tylko wtedy, gdy ich nie złożono lub w sytuacji, gdy zawierają one błędy lub wady (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. pod red. J. Sadowego Warszawa 2008 r., str. 115). Odwołujący A przyznał, że zamawiający pismem z dnia 13 maja 2009 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia brakujących dokumentów. W piśmie informującym o wyborze oferty, zamawiający stwierdził, iż z uwagi na wątpliwości co do spełnienia warunków określonych w punkcie 8.2.1 lit. "b" specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), przez osoby wskazane w ofercie odwołującego A, zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, dotyczących oświadczeń i dokumentów załączonych do oferty. Zamawiający podał, iż wykonawca do wyznaczonego terminu, nie udzielił wyjaśnień ani nie złożył dokumentów, z tych względów uznał, że zachodzą podstawy do zatrzymania wadium wraz z odsetkami w oparciu o przepis art. 46 ust. 4a Pzp. Nie kwestionując wyżej opisanych okoliczności faktycznych, odwołujący A stwierdził, że zamawiającemu nie przysługuje prawo do zatrzymania wadium. W pierwszym rzędzie zamawiający zwywał do złożenia wyjaśnień, natomiast wezwanie do uzupełnienia

dokumentów miało charakter ewentualny i nie statuowało bezpośredniego obowiązku po stronie odwołującego. Pismo z dnia 13 maja 2009 r. nie zawiera żądania uzupełnienia konkretnie nazwanych dokumentów, ponadto wezwanie było bezzasadne, ponieważ wymagane dokumenty albo zostały już złożone, albo zamawiający nie był uprawniony do ich żądania. Odwołujący A wywodził, iż z treści pisma z dnia 13 maja 2009 r. wynika, iż wykluczenie z postępowania nastąpiło w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z podaniem uzasadnienia faktycznego, iż wykonawca nie wykazał, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący A powołał się na uregulowania § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 Nr 188, poz. 1155), który stanowi, iż w celu potwierdzenia opisanego warunku wykazania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu osób, którymi wykonawca dysponuje wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Jedynie w sytuacji, gdy ustawy nakładają obowiązek posiadania określonych uprawnień, zamawiający może wymagać dokumentów to potwierdzających. Zamawiający przedstawił następujące zarzuty w odniesieniu do przedstawionego w ofercie opisu doświadczenia osób - podanych do realizacji zamówienia w załączonych wykazach:

- 1) wobec osoby koordynatora projektu – głównego projektanta p. Andrzeja K. - nie wynika, aby projektant opracował dwie dokumentacje projektowe, obejmujące łącznie co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe,
- 2) wobec osoby projektanta w specjalności kolejowej – p. Ryszarda A. – nie wynika, aby projektant opracował dwie dokumentacje projektowe, obejmujące łącznie co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe,
- 3) wobec osoby projektanta w specjalności zabezpieczenia i sterowania ruchem – p. Dariusza P. – nie wynika, aby projektant wykonał dwie dokumentacje projektowe, obejmujące łącznie co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe,
- 4) wobec osoby projektanta w specjalności mostowej – p. Andrzeja P. – nie wynika aby projektant wykonał dokumentacje projektowe w zakresie wymaganym w SIWZ,
- 5) zarzut braku doświadczenia dotyczył również osób wskazanych do pełnienia funkcji projektanta w specjalności konstrukcyjno – budowlanej oraz geodety.

Odwołujący A stwierdził, iż w załącznikach do oferty (według wzoru nr 3 do SIWZ) zamieścił informacje na temat doświadczenia podanych kandydatów i nie miał obowiązku przedkładania jakichkolwiek innych dokumentów, ponad sam opis tego doświadczenia. Jeżeli w ocenie zamawiającego, było to niewystarczające, to brak wykazania doświadczenia może być powodem wykluczenia wykonawcy, nie może natomiast stanowić podstawy do żądania przedkładania nowych dokumentów, nie nazwanych ani w ustawie ani w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający nie mógł żądać uzupełnienia dokumentów (nie wiadomo przy tym jakich żądał), a tym bardziej zatrzymać wadium. Odwołujący A nie zaprzeczył, że zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w trybie art. 23 ust. 4 ustawy Pzp. Potwierdził również, iż nie złożył żądanych wyjaśnień, natomiast

przypadku nie złożenia zaprzeczył prawu

zamawiającego do zatrzymania wadium w wyjaśnieniach w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego art. 46 ust. 4a Pzp znajduje zastosowanie jedynie w przypadku sytuacji określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, a nie ma zastosowania w przypadku, o którym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zarzut zamawiającego, że wykazany na stanowisko projektanta branży kolejowej sieci trakcyjnej – p. Grzegorz M., nie legitymuje się aktualnymi uprawnieniami budowlanymi w tej branży, gdyż przedłożony dokument dotyczy uprawnień budowlanych wydanych na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 20 grudnia 1996 r., a zakres przedstawionych uprawnień nie odpowiada obecnym uprawnieniom budowlanym do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 28 kwietnia 2006 r. w związku z czym zamawiający wymagał przedłożenia aktualnego dokumentu, odwołujący A uznał za chybiony. W jego przekonaniu nie przedłożenie żądanego dokumentu (niesprecyzowanego przez zamawiającego), nie może prowadzić do utraty wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, gdyż wykonawca złożył zgodnie z wymogami SIWZ oraz powołanym wyżej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, uprawnienia budowlane kandydata do pełnienia funkcji projektanta branży kolejowej sieci trakcyjnej. Uprawnienia te, w świetle rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 28 kwietnia 2006 r. nie utraciły ważności. Obowiązują nadal i poświadczają posiadanie niezbędnej wiedzy w zakresie projektowania sieci trakcyjnej. Różnią się trochę swoim zakresem, ale wystarczające było odpowiednie zakwalifikowanie tych uprawnień do kategorii, zgodnie z nowym rozporządzeniem. Tym bardziej, że nie ma ustawowego obowiązku aktualizowania tych uprawnień. Zamawiający nie może twierdzić, iż nie został przez odwołującego A złożony wymagany dokument, co w konsekwencji prowadziłoby do zatrzymania wadium. Jeżeli, jak uznał zamawiający, złożony dokument nie spełnia wymogów SIWZ, to tak należy go ocenić. Natomiast nie można wymagać od wykonawcy dokumentu, którego może nie

posiadać, chociażby dlatego, że przedstawiony w dokumentach oferty jest ważny i stanowi dowód posiadania przez osobę, której dotyczy stosownych uprawnień. Według odwołującego A, art. 46 ust. 4a Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp nie dotyczy sytuacji, gdy wykonawca złożył dokument, a zamawiający wzywa go do przedłożenia nowego dokumentu tylko z tej przyczyny, iż w jego ocenie dokument zawarty w dokumentach oferty, nie stanowi dowodu wykazania wymaganych kwalifikacji. Odwołujący A wyraził przekonanie, że należy odróżnić przypadki, w których wykonawca w ogóle nie składa dokumentu, gdyż jego udział w postępowaniu miał na celu jedynie uzyskanie informacji o ofertach konkurencyjnych, od sytuacji gdy wykonawca składa dokumenty, w jego przekonaniu odpowiednie, a odmiennie ocenione przez zamawiającego. Tylko w przypadku nie złożenia wymaganego dokumentu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia. Jeżeli natomiast wykonawca złoży dokument, który swą treścią nie odpowiada wymogom ustawy lub SIWZ (np. co do zakresu posiadanych uprawnień budowlanych), to taki dokument powinien podlegać ocenie zamawiającego, natomiast zamawiający nie może zatrzymać wadium tylko dlatego, że wykonawca nie jest w stanie przedłożyć innego dokumentu, niż ten który znajduje się w dokumentach oferty. W przekonaniu odwołującego A, w żadnym wypadku wykonawca nie traci wadium, tylko dlatego, że w ocenie zamawiającego złożony dokument nie spełnia wymogów SIWZ, a wykonawca nie złożył innego „lepszego” dokumentu, mimo wezwania zamawiającego. Zastosowaną wykładnię art. 46 ust. 4a Pzp, odwołujący A uznał

za wadliwą.

Pismem doręczonym 18 czerwca 2009 r. zamawiający oddał protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że po dokonaniu wstępnej oceny ofert stwierdził, iż złożone w ofercie odwołującego A oświadczenia i dokumenty zawierają błędy i wady, skutkujące wątpliwościami, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w punkcie 8.2.1 lit. „b” SIWZ. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wykonując obligatoryjną dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał w dniu 13 maja 2009 r. wykonawcę do złożenia pozbawionych błędów oświadczeń i dokumentów oraz złożenia stosownych ewentualnych wyjaśnień. W wyznaczonym na dzień 19 maja 2009 r. terminie, wykonawca nie dostarczył jakichkolwiek dokumentów, oświadczeń lub wyjaśnień stanowiących uzupełnienie do złożonej przez niego oferty, zgodnych z art. 25 ust. 1 Pzp. Odwołujący A nie złożył też wyjaśnień, z których mogłoby wynikać, że nie uzupełnił dokumentów, ale nastąpiło to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Z braku informacji i dokumentów, o które wnosil w wezwaniu, zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego A zawiera oświadczenia i dokumenty obarczone błędami, skutkujące wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Z dokumentów załączonych do oferty nie wynikało, aby odwołujący A spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający podał, że gdyby

odwołujący A udzielił mu jakichkolwiek informacji w związku z przedmiotowym wezwaniem, to nie byłoby podstaw do wykonania dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp. Wykonawca zignorował wezwanie, pozostawiając je bez odpowiedzi. Tym samym zamawiający pozostawał zobligowany z mocy prawa do zatrzymania wadium. Wskazał, że dyspozycja art. 46 ust. 4a Pzp jednoznacznie określa obowiązek zatrzymania wadium, a podnoszony w proteście ewentualny charakter wezwania, o którym mowa w art. 23 ust. 3 Pzp, nie ma znaczenia skoro zabrakło odpowiedzi na wezwanie. Zdaniem zamawiającego nie można przyjąć, iż wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów nie było. Wezwanie takie miało miejsce, wobec czego czynność zatrzymania wadium znajduje uzasadnienie.

W odwołaniu wniesionym w dniu 24 czerwca 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty i wnioski protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zatrzymania wadium z odsetkami,
- 2) zwrotu kwoty wadium wraz z odsetkami na wskazany numer rachunku bankowego.

W uzasadnieniu odwołujący A ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, że „gdyby wykonawca udzielił jakichkolwiek informacji w związku z otrzymanym wezwaniem, to zamawiający nie miałby rzeczywiste możliwości wykonania dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp,” w ocenie odwołującego A taka konkluzja jest błędna. Akceptacja takiego stanowiska oznaczałaby bowiem, że obowiązek wykonawcy, wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter formalny, a jego spełnienie następuje przez złożenie jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów, niekoniecznie wykazujących, że warunki uczestnictwa w postępowaniu zostały spełnione. Liczyłby się sam fakt złożenia dokumentu, niezależnie od tego czy dokument zawiera wady, czy też żądanie zamawiającego było bezzasadne. W przekonaniu odwołującego kluczową kwestię stanowi prawidłowa wykładnia art. 46 ust. 4a Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp. Zdaniem odwołującego A, zgodne z art. 26 ust. 3 Pzp, obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw istnieje tylko wtedy, gdy ich nie złożono lub w sytuacji, gdy zawierają one błędy lub wady. Wezwanie dotyczyło przypadków opisanych w proteście i odnosiło się przy tym do już złożonych dokumentów, załączonych do oferty. Art. 46 ust. 4a Pzp stanowi wyjątek od zasady, że wadium zwraca się w przypadku odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z przetargu. Przesłanki zatrzymania wadium zdaniem odwołującego A muszą być badane w kontekście przesłanek odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy oraz celu jakiemu miało służyć wprowadzenie przepisu art. 46 ust. 4a Pzp. Odwołujący A ocenił wezwanie z dnia 13 maja 2009 r. jako wadliwe. Wskazał, że miało ono charakter ewentualny, a nie bezwzględny. Nie podawało jakich konkretnych dokumentów i o jakiej treści oczekiwał zamawiający, w związku z tym nie może stwarzać dla

wykonawcy negatywnych skutków prawnych. Art. 46 ust. 4a Pzp nie dotyczy sytuacji, gdy wykonawca złożył dokument, a zamawiający wzywa go do złożenia innego dokumentu tylko

z tej przyczyny, iż w jego ocenie dokument nie stanowi dowodu na posiadanie wymaganych kwalifikacji, opisanych w SIWZ. Wyłącznie w sytuacji nie złożenia wymaganego dokumentu zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oferty, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w razie nie złożenia wymaganego dokumentu – ma prawo zatrzymać wadium. Jeśli natomiast wykonawca złożył dokument, który swą treścią nie odpowiada wymogom ustawy lub SIWZ, to taki dokument powinien podlegać ocenie zamawiającego. Zamawiający nie może zatrzymywać wadium tylko dlatego, że wykonawca nie jest w stanie przedłożyć innego dokumentu, niż ten który został złożony. Odwołujący A argumentował, że interpretację taką potwierdza wyrok sygn. akt KIO/UZP 1530/08, który stwierdza, iż chodzi o brak fizyczny dokumentu, a nie o brak w sensie złożenia dokumentu niepotwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a Pzp prowadziłoby do sytuacji, iż przy braku precyzji w SIWZ, czy w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający mógłby zatrzymać wadium wraz z odsetkami. Odwołujący A podkreślił, iż z publikacji odnoszących się do danego zagadnienia wynika, że zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium wówczas gdy wykonawca na wezwanie nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo, że może on nie potwierdzać spełnienia warunku, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej opiera się na językowej wykładni przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, z którego jasno wynika, że zatrzymanie wadium ma miejsce wyłącznie w przypadku nie złożenia dokumentów i oświadczeń na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przeciwna wykładnia, według której utrata wadium nastąpiłaby również w przypadku nie złożenia dokumentu na wezwanie zamawiającego w sytuacji, gdy dokument taki został złożony, ale w ocenie zamawiającego zawiera błąd, prowadziłaby do sytuacji, w której w każdym wypadku wykluczenia, oferent traciłby wadium. Konsekwencja takiego rozumowania prowadzi do wniosku, że jeżeli w wyniku uzupełnienia - w dalszym ciągu dokument nie potwierdza spełnienia warunków, powinna nastąpić utrata wadium, bo dokument wadliwy traktowany byłby jako niezłożony. Utrata wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp jest sankcją za określone zachowanie oferenta polegające na tym, że przystępując do postępowania nie ma poważnego zamiaru brania w nim udziału. Nie jest natomiast sankcją za to, że w ocenie zamawiającego złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków. Odwołujący A potrzymał twierdzenia zawarte w proteście, co do braku podstaw w zaistniałej sytuacji do wzywania do uzupełnienia dokumentów. Wskazał na celowość odróżnienia przypadków, gdy wykonawca w ogóle nie składa dokumentów, bo złożenie oferty miało na celu jedynie uzyskanie informacji o ofertach innych wykonawców. Tylko w

takim przypadku, zamawiający jest zobowiązany do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli natomiast złożony dokument nie odpowiada wymogom SIWZ np. co do zakresu uprawnień budowlanych osoby wskazanej do realizacji zamówienia i mimo wezwania nie zostanie uzupełniony, to zamawiającemu nie przysługuje prawo zatrzymania wadium. Wskazując na wadliwość zastosowanej przez zamawiającego wykładni art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 46 ust. 4a Pzp, odwołujący podtrzymał wnioski przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, wniesionego przez odwołującego A, określone w art. 187 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień z dnia 13 maja 2009 r. Pism stron, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, w zakresie ustalenia sytuacji odwołującego A w przedmiotowym postępowaniu i oceny jego interesu prawnego. Przeprowadzanie postępowania dowodowego na tezę, że dokumenty wykazanego doświadczenia zawodowego projektantów i ich uprawnień budowlanych były prawidłowe i nie zachodziła potrzeba ich uzupełnienia, braku podstaw do żądania określonych dokumentów przez zamawiającego czy wykazywanie, że nie złożenie dokumentów nie wynikało z przyczyn leżących po stronie odwołującego A, Izba uznała za zbędne i bezprzedmiotowe, gdyż rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie sprowadza się do zagadnienia prawnego.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak nakazuje art. 191 ust. 3 ustawy Pzp i rzeczowej potrzeby rozpoznania sprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W piśmie z dnia 13 maja 2009 r. zamawiający poinformował, jakich dokumentów, które były wymagane brakuje w ofercie odwołującego A, względnie jakich danych one nie zawierają. Wezwał do ich ewentualnego uzupełnienia oraz do złożenia stosownych wyjaśnień w terminie do 19 maja 2009 r. Okoliczność bezsporną stanowi, że odwołujący A w wyznaczonym terminie nie złożył żadnych dokumentów, jak i nie wyjaśnił przyczyn, dla których uważał, że dokumenty przez niego złożone są właściwe lub też, że nie dysponuje dokumentami o treści wskazanej przez zamawiającego. Zatem nie udzielił też zamawiającemu żadnych wyjaśnień.

Tytułem wymaganego wadium, odwołujący A przed terminem składania ofert złożył gwarancję bankową, zabezpieczającą kwotę wadium - 225 000,00 zł. Zamawiający wystosował pismo do gwaranta o wypłatę na jego rzecz kwoty wadium. Do dnia rozprawy wymieniona kwota nie wpłynęła na konto zamawiającego. Izba ustaliła na podstawie załącznika do ZP -12 do protokołu, że oferta odwołującego A na dziesięć złożonych, w oparciu o zaoferowaną cenę, wynoszącą 14 603 400,00 zł., została sklasyfikowana na ostatniej pozycji, w tym jedynym kryterium oceny. Odwołujący A został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona i nie wniósł protestu na wykluczenie go z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, ani na wybór oferty i ocenę wykonawców go poprzedzających. Wymieniona czynność zamawiającego jest ostateczna. Należy zatem stwierdzić, iż odwołujący A nie legitymuje się interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia, którego naruszenie jest niezbędną przesłanką skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej, w myśl art. 179 ust. 1 Pzp. Na wniosek wykonawcy zamawiający ma obowiązek niezwłocznie zwrócić wadium, gdy wykluczył wykonawcę, czy odrzucił jego ofertę, gdyż stanowi tak art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Od tej zasady są wyjątki. W sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający zobligowany jest zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, chyba, że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Ustawowy nakaz zatrzymania wadium, w szczególności gdy wykonawca domagający się zwrotu wadium nie uczestniczy już w postępowaniu, nie wiąże się z naruszeniem interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż taką możliwość wyłącza ostateczne odrzucenie oferty. Orzecznictwo krajowej Izby Odwoławczej reprezentuje pogląd, według którego interes prawny wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej musi doznać uszczerbku w postępowaniu, w którym uczestniczy i polegać na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Izba nie opowiada się za poglądem pojawiającym się w doktrynie, że interes „sensu largo” przemawia za tym, aby środki ochrony prawnej, mogły być wykorzystywane dla zapewnienia prawidłowości postępowania o zamówienie publiczne i zawarcia ważnej umowy. Zdaniem Izby zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania, jest zadaniem zamawiającego, natomiast przepis art. 179 ust. 1 Pzp, używając określenia „jeśli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku” - wyraźnie wskazuje na naruszenie jednostkowych interesów wykonawców. Ponadto protest zgodnie z postanowieniami art. 180 ust. 1 ustawy Pzp można złożyć wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. Natomiast czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, nie jest włączona do ciągu czynności zmierzających do wyboru oferty i zawarcia umowy, jest działaniem ubocznym. Izba nie ma możliwości merytorycznego rozpoznania podniesionego zarzutu bezzasadności zatrzymania wadium, w

aspekcie powoływania się na okoliczności umożliwiające wykonawcy uniknięcia tej sankcji. Kwestia ta stanowi przedmiot sporu cywilnoprawnego, ze stosunku przetargowego, która może być przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny (wyrok KIO/UZP 424/09 i KIO/UZP 228/09.

Z tych względów, w istniejącym stanie faktycznym sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do dokonywania ustaleń w przedmiocie, czy nie złożenie dokumentów przez odwołującego A leżało po jego stronie, czy też nie. Jak również nie jest właściwa do orzekania o zwrocie na rzecz odwołującego A kwoty zatrzymanego wadium, mimo poczucia krzywdy, jakie wyraził odwołujący A, zarzucając formalistyczne podejście

zamawiającego do sposobu wykładni normy art. 46 ust. 4a Pzp i pozbawienie go znacznej kwoty, odpowiadającej wadium.

Ponadto w art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, ustawodawca nałożył ograniczenia na możliwość uwzględnienia wniesionego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, które sprowadzają się do badania, czy stwierdzone naruszenie przepisów miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W sytuacji, w której znajduje się odwołujący A, uwzględnienie zarzutów i żądań nie jest możliwe, gdyż nawet stwierdzenie naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp, jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania, nie daje Izbie możliwości uwzględnienia odwołania.

Z tych względów Izba oddaliła odwołanie odwołującego A na podstawie art. 191 ust 1 i 1a Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

KIO/UZP 882/09

Odwołujący B w proteście zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o., mimo że złożone przez nich dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych w punktach 8.2.1a i 8.2.1b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, mimo że złożył on nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik tego postępowania w zakresie spełnienia warunków udziału, określonych w punktach 8.2.1a i 8.2.1b SIWZ,

-
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu,
 - 4) art. 91 Pzp, przez wybór oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący B wniósł o dokonanie zaniechanych czynności, to jest:

- 1) wykluczenia wykonawcy konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o. o. oraz odrzucenia jego oferty,
- 2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie wyboru oferty odwołującego B.

Powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego, gdyż złożył ofertę, która otrzymała drugą w kolejności najwyższą liczbę punktów i po odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego, winien otrzymać zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, podał że ani dokumenty złożone w ofercie (wykaz prac, udzielone referencje, ani późniejsze wyjaśnienia w wyniku wezwania zamawiającego, nie potwierdziły spełnienia przez konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o. o.:

1) wymogów określonych w punktach 8.2.1a SIWZ:

a) referencje wydane przez zamawiającego PKP PLK SA (str. 74 i 75 oferty), dla projektu „modernizacja układu torowego dla linii CE-59 na odcinku Międzylesie – granica państwa wraz z robotami towarzyszącymi, obejmują tylko projekty budowlane i materiały przetargowe, a wartość usługi wynosi 2 303 304,00 PLN, nie wyczerpuje wymogów, a na stronie 75 załączników do oferty brak identyfikacji osoby wydającej referencje,

b) referencje wydane przez BPK Katowice Sp. z o. o. (str. 76 i 77) dla projektu modernizacja układu torowego 276 i elektryfikacja linii CE-59 na odcinku Międzylesie – granica państwa (obejmuje tylko projekty wykonawcze) dla projektu, a wartość usługi wynosi 1 003 900,00 PLN.

Odwołujący B zaprzeczył wyjaśnieniom wybranego wykonawcy, że referencje opisane w pkt a i b jak wyżej mogą być potraktowane jako wykonanie jednej usługi, w rozumieniu punktu 8.2.1a SIWZ, ponieważ zostały one wykonane przez Elekol Wrocław (obecnie Arcadis Sp. z o.o.) na podstawie dwóch odrębnych umów i na zlecenie różnych zamawiających.

Wskazał, że według informacji zawartych w wydanych referencjach, nie w pełni pokrywa się zakres wykonanych projektów budowlanych i wykonawczych.

Odwołujący B zwrócił uwagę, że zamówienia te zostały wykonane w odmiennych terminach.

Projekty budowlane i materiały przetargowe były wykonywane od października 2004 do października 2008 r., natomiast projekty wykonawcze od lipca 2006 do listopada 2006 r., co powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego, gdyż najpierw wykonuje się projekty budowlane, a następnie wykonawcze.

Wybrane konsorcjum nie wykazało, że prace dla PKP PLK SA były zrealizowane w okresie wymaganych w SIWZ ostatnich trzech lat (po 16 stycznia 2006 r. i bez udokumentowania wartości danej części usług). O tym, że projekty budowlane zostały wykonane przed 16 stycznia 2006 r. świadczy, że decyzja nr I-K-192/05 zatwierdzająca projekt i udzielająca zezwolenia na budowę dla zadania „budowa urządzeń związanych z elektryfikacją odcinka linii kolejowej nr 276 Międzyzlesie – granica państwa dla PKP PLK SA została wydana w dniu 22.09.2005 r., zachodzi możliwość, że dokumentacja przetargowa została wykonana przed dniem 16 stycznia 2006 r.

2) Wybrane konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o. nie wykazało, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie następujących funkcji:

1. koordynator projektu generalny projektant p. Jan O. - wykazane doświadczenie:

- przy realizacji „projektu modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej, odcinek Wałbrzych Fabryczny – Boguszów Gorce” brak specyfikacji elementów dokumentacji projektowej według definicji podanych we wzorze umowy, załączonym do SIWZ, czyli projektów budowlanych, wykonawczych i materiałów przetargowych dla 2 szlaków i 2 stacji. Natomiast Boguszów Gorce Wschód jest posterunkiem odgałęźnym, a nie stacją;
 - przy realizacji zadania „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej nr 6 Zielonka – Kuźnica Białostocka” nie wyspecyfikowano wymaganych elementów dokumentacji projektowej, która jest niepełna - dla jednego szlaku i 2 stacji;
 - przy realizacji zadania „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej nr 61 Kielce – Fosowskie, nie wyspecyfikowano elementów dokumentacji. Ponadto stacja Kielce - Stradom leży poza granicami opracowanego projektu, zatem przedstawiono niepełną dokumentację dla jednego szlaku i jednej stacji;
 - przy realizacji zadania „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej nr 7
- wymaganych elementów Warszawa Wschodnia –

Dorohusk, nie wyspecyfikowano

stacji. Warszawa dokumentacji projektowej,

która jest niepełna - dla 1 szlaku i 1

Gocławek nie jest stacją tylko posterunkiem odgałęźnym;

- przy wykazanej realizacji zadania „projekt przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej nr 1 Warszawa – Łódź, nie wyspecyfikowano elementów dokumentacji projektowej. Ponadto Skierniewka to nie jest stacja, zatem przedstawiono doświadczenie z zakresu 1 stacji i 2 szlaków;
- przy realizacji zadania „projekt wstępny przebudowy linii kolejowej E - 59 Poznań – Szczecin – Świnoujście, jako projekt wstępny nie odpowiada definicji projektu budowlanego;
- przy realizacji zadania „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej nr 202 Gdańsk – Stargard Szczeciński na odcinku Białogard – Cieszyń Łobeskie nie wyspecyfikowano elementów dokumentacji projektowej, nie określono daty wykonania.

We wnioskach odwołujący B podsumował, że dla p. Jana Olejnika nie wykazano wymaganego doświadczenia na koordynację techniczną co najmniej dwoma opracowaniami wielobranżowymi dokumentacji projektowej dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej 1 szlak i 2 stacje kolejowe, oraz na opracowanie dokumentacji projektowej dla budowy lub modernizacji (rozbudowy lub przebudowy), zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe;

2. projektant w specjalności kolejowej p. Ryszard R., wykazane doświadczenie:

- dla zadania „opracowanie projektów budowlanych i materiałów przetargowych z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla elektryfikacji linii kolejowej Międzyzlesie – granica państwa – brak projektów wykonawczych;
- dla zadania „opracowanie projektów budowlanych wykonawczych likwidacji tzw. wąskich gardeł Wrocław Główny – Wrocław Grabiszyn, brak materiałów przetargowych;

- dla zadania „PW likwidacji stacji Łosiów z zamianą na przystanek osobowy w ramach modernizowanej linii kolejowej odcinek Opole – Wrocław, brak projektów budowlanych i materiałów przetargowych;
- dla zadania „opracowanie studium dla przygotowania projektu „modernizacja linii kolejowej E-30 odcinek Kraków – Medyka – granica państwa, nie obejmuje projektów budowlanych, wykonawczych i materiałów przetargowych;
- dla zadania „opracowanie studium modernizacji linii kolejowej E-30/CE -30 Opole-Kraków, nie wyczerpuje definicji dokumentacji projektowej według SIMZ;
- dla zadania „modernizacja linii kolejowej E-20 Siedlce – Terespol, etap I nie spełnia wymagań, ponieważ zadanie nie zostało zakończone.

We wnioskach odwołujący B podsumował, że nie wykazano wymaganego doświadczenia dla p. Ryszarda R. na opracowanie co najmniej 2 dokumentacji projektowych w zakresie stacji węzłów i linii dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej;

3. projektant w specjalności zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym p. Ryszard B., wykazane doświadczenie:

- dla zadania „modernizacja układu torowego Międzylesie – granica państwa, z uzupełnionych dokumentów wynika, że opracowanie w branży srk dotyczy wyłącznie stacji, a nie stacji i szlaku.
- dla zadania „opracowanie studium modernizacji linii kolejowej E-30/CE - 30 Opole – Kraków nie wyczerpuje definicji dokumentacji projektowej;

- dla zadania „projekt wykonawczy likwidacji stacji Łosiów, z zamianą na przystanek osobowy w ramach modernizowanej linii kolejowej odcinek Opole – Wrocław, brak projektów budowlanych i materiałów przetargowych, zakres dotyczył wyłącznie likwidacji stacji po wybudowaniu samoczynnej blokady liniowej, dokumentacja niepełna dla jednej stacji;
- dla wykazanego zadania budowa komputerowych urządzeń srk na stacji Świebodzice, obejmuje wyłącznie jedną stację, a nie 2 szlaki i 2 stacje;

We wnioskach odwołujący B podsumował, iż p. Ryszard B. nie opracował co najmniej 2 dokumentacji projektowych, obejmujących łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe.

4. projektant w specjalności kolejowe sieci trakcyjne p. Jerzy B. wskazany przez wybrane konsorcjum w wyniku uzupełnienia dokumentów:

- dla zadania „modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa – Gdynia, Etap I, opracowanie dotyczy odcinka Mława – Montowo i jednej stacji Montowo, w zakres opracowania wchodziła koncepcja programowo – przestrzenna, która nie jest elementem dokumentacji projektowej;
- dla zadania „modernizacji układu torowego na linii C-59, odcinek Międzylesie – granica państwa wraz z robotami towarzyszącymi, p. B. nie wykonywał projektów wykonawczych, również nie był koordynatorem projektu branżowego, gdyż tą funkcję pełnił Wiesław Ł. Ponadto nie wykonywał projektów budowlanych, a przedstawione informacje są nieprawdziwe;
- dla zadania „opracowanie dokumentacji przetargowej na przebudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji Świebodzice”, obejmuje wyłącznie jedną stację. Materiały przetargowe nie obejmują projektów, brak jest daty wykonywania prac.

Odwołujący B we wnioskach podał, że nie wykazano wymaganego doświadczenia dla p. J. B. na opracowanie co najmniej 2 dokumentacji projektowych obejmujących łącznie co najmniej 1 szlak i 2 stacje kolejowe, a przekazane informacje w tym zakresie są nieprawdziwe.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpił w dniu 12 czerwca 2009 r. wykonawca wybrany - konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o., który wnioskował o utrzymanie wyboru jego oferty. Podtrzymał swoje wyjaśnienia, przekazane na wezwanie zamawiającego oraz w odniesieniu do wykazanego doświadczenia podał, że drobne rozbieżności między projektem budowlanym, a projektami wykonawczymi wynikają z tego, że część opracowania była wykonywana przez odwołującego B Movares Polska Sp. z o.o., co nie zmienia faktu, że listy referencyjne otrzymała Arcadis Sp. z o.o. na wykonanie jednego i tego samego zadania. Przystępujący

protokołami z dnia 1.07.2005 r. i 28.09.2005 r. przekazał projekt budowlany do IR PKP Wrocław, następnie 9.05.2006 r. przekazał projekt budowlany oraz materiały przetargowe na likwidację osuwiska oraz montaż urządzeń DSAT, następnie 30.11.2006 r. przekazał projekt wykonawczy do odwołującego Movares Polska Sp. z o.o. Zachowana została kolejność: projekt budowlany, pozwolenie na budowę, projekt wykonawczy. Protokół z dnia 9.05.2006 r. świadczy, że dokumentacja była wykonywana po styczniu 2006 r.

Przedstawiony na stanowisko koordynatora (generalnego projektanta) p. J. O. był koordynatorem i jednocześnie projektantem zadania Wałbrzych Fabryczna – Boguszków Gorce. Koordynował wszystkie branże oraz projektował część torową w zakresie dokumentacji projektowej, obejmującej szlak i dwie stacje. Osoba ta spełnia warunek doświadczenia z uwagi na realizację projektu obejmującego szlak i 2 stacje Gdańsk – Stargard Szczeciński, gdzie w ramach zadania koordynowała wszystkie branże. Przedstawiony na stanowisko projektanta branży kolejowej p. Ryszard R. w ramach zadania „wąskie gardła” opracował dokumentację projektową oraz materiały przetargowe, co udokumentował protokołem przekazania dokumentacji dla lidera firmy Jacobs. Zadanie modernizacja linii E20 Terespol – Sielce realizowane jest w formule projektuj i buduj. Zadanie to projektowo jest zakończone, a zamawiający nie stawiał warunku fizycznego ukończenia zadania.

Ryszard B. wskazany na stanowisko projektanta urządzeń srk wykonał projekty budowlane i wykonawcze dla elektryfikacji linii kolejowej Międzyziesie – granica państwa, zadanie obejmowało szlak i 2 stacje. Na dowód przedłożył karty tytułowe tych opracowań. Osoba ta była autorem projektu budowlanego i wykonawczego dla zadania przebudowa urządzeń sterowania ruchem na stacji Świebodzice, opracowała blokadę liniową między stacjami Świebodzice – Jaworzyna Śląska, Świebodzice – Wałbrzych Szczawienko.

Pismem z dnia 18 czerwca 2009 r. zamawiający oddalił protest odwołującego B w całości.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że:

Ad 1). uznał za zasadne wyjaśnienia wybranego wykonawcy na temat jego doświadczenia zawodowego z dnia 19 maja 2009 r., zgodnie z którymi wykonane przez konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o. opracowania, to jest: projekt budowlany, materiały przetargowe i projekty wykonawcze dotyczyły jednej inwestycji o nazwie „modernizacja układu torowego dla linii nr 276 i elektryfikacja linii CE-59 na odcinku Międzyziesie – granica państwa. W ramach dwóch umów konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o., wykonało jedną usługę, obejmującą opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowo – przetargowej dla realizacji wymienionej inwestycji. Fakt, że usługa była wykonana na podstawie oddzielnych stosunków prawnych nie zmienia jej charakteru. Wykonawca ten w

rzeczywistości wykonał jedną kompleksową dokumentację projektowo – przetargową, spełniającą wymagania. Zamawiający ocenił, że jest to sytuacja analogiczna jak wykonywanie przez jednego wykonawcę kilku części jednego zamówienia, zlecanego w odrębnych postępowaniach, lub z dopuszczeniem ofert częściowych. W sytuacji, gdy jeden wykonawca realizuje kilka części zamówienia, zdobywa doświadczenie zawodowe w takim zakresie, jakim był jego wykonawcą. Zamawiający podkreślił, iż nie wymagał, aby usługa została wykonana w ramach jednej umowy (zamówienia). Należyte wykonanie usługi potwierdzili obaj odbiorcy, każdy w części jaka była objęta zawartą z nim umową.

Ad 2) W odniesieniu do wykazanego doświadczenia zawodowego osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia, zamawiający oddalił zarzuty protestu gdyż z informacji przedstawionych przez wybrane konsorcjum wynika, że osoby wskazane do realizacji zamówienia odpowiednio do powierzanych stanowisk, spełniały warunki określone w punkcie 8.2.1b SIWZ z uwzględnieniem wyjaśnień do SIWZ:

1. p. Jan O. - koordynator projektu (generalny projektant) koordynował technicznie i projektował opracowania:
 - a) „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej, odcinek Wałbrzych Fabryczny - Boguszków Gorce” objął szlak pomiędzy stacjami Wałbrzych Fabryczny – Wałbrzych Główny, szlak pomiędzy stacją Wałbrzych Główny i posterunkiem odgałęźnym Boguszków Gorce Wschód oraz stacje Wałbrzych Fabryczny i Boguszków Gorce. Zamawiający nie wymagał aby stacje objęte opracowaniem były przyległe do jednego szlaku.;

b) „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej nr 6 Zielonka – Kuźnica Białostocka”
projekt ten objął szlak Zielonka – Wołomin i 2 stacje Wołomin i Zielonka;

2. p. Ryszard R. - projektant w specjalności kolejowej opracował dokumentację projektową, które spełniają warunek określony w punkcie 8.2.1.b SIWZ. Do oceny doświadczenia projektanta w specjalności kolejowej zamawiający nie wymagał wykazania się opracowaniem pełnej dokumentacji projektowej, a jedynie dokumentacji projektowej w zakresie podanej specjalności. Odwołujący B na potwierdzenie swoich nietrafnych zarzutów dokonał nieuprawnionej interpretacji warunków udziału w postępowaniu, przenosząc wymagania stawiane wykonawcy (doświadczenie firmy, konsorcjum – punkt 8.2.1.a SIWZ) do wymagań wobec personelu (punkt 8.2.1.b SIWZ), co nie znajduje uzasadnienia;

3. p. Ryszard B. - projektant w specjalności zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, legitymuje się opracowaniem dwóch dokumentacji projektowych w zakresie swojej specjalności:

a) „modernizacja układu torowego Międzyzlesie – granica państwa, opracowanie obejmowało projekt budowlany, wykonawczy i materiały przetargowe elektryfikacji tej linii kolejowej, na szlaku Damaszków – Międzyzlesie, szlaku Międzyzlesie – granica państwa oraz stacje Międzyzlesie, Damaszków. – w zakresie budowy komputerowych urządzeń srk, przebudowy istniejących mechanicznych i przekątnikowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na urządzenia komputerowe, łącznie 60 sztuk nowych sygnalizatorów.

b) projekt budowlany, projekt wykonawczy i materiały przetargowe dla zadania budowa komputerowych urządzeń srk na stacji Świebodzice i szlakach, obejmujący szlak Świebodzice – Wałbrzych oraz stacje Wałbrzych, Szczawienko, Jaworzyna Śląska, zatem spełnia wymagania punktu 8.2.1.b SIWZ;

4. p. Jerzy B. - projektant w specjalności kolejowe sieci trakcyjne, legitymuje się opracowaniem 2 dokumentacji projektowych w zakresie swojej specjalności:

a) „modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa – Gdynia, Etap I, opracowanie dotyczy odcinka Mława – Montowo i jednej stacji Montowo – w zakresie opracowania koncepcji programowo – przestrzennej modernizacji podanego odcinka, opracowania dokumentacji projektowej w układzie wielobranżowym dla danego odcinka, opracowania dokumentacji przetargowej dla realizacji robót budowlanych i dostaw dla wszystkich zakresów rzeczowych objętych dokumentacją projektową, opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych;

b) projekt budowlany, projekt wykonawczy i materiały przetargowe dla elektryfikacji linii kolejowej Międzyzlesie – granica państwa, obejmujący szlak Międzyzlesie – granica państwa oraz stację Międzyzlesie. Odnosząc się do zarzutu braku terminu wykonania oraz pełnej nazwy zadania, zamawiający stwierdził, że zostało ono wykonane w ramach projektu podanego w załączniku nr 3 do oferty - wykazie robót wykonanych przez wykonawcę, gdzie zostały podane dokładne terminy. Zamawiający nie znalazł podstaw do uznania przedstawionych informacji za nieprawdziwe. Podniósł, że nie wymagał od danego projektanta wykazania się opracowaniem czy to projektu budowlanego, czy projektu wykonawczego, a jedynie wykazania się opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie wymaganej specjalności, w tym przypadku w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. Przedstawione w wykazie informacje wskazują jednoznacznie, że p. Jerzy B. opracował dokumentację projektową w zakresie przebudowy sieci trakcyjnej, co wyczerpuje stawiane wymagania.

W odwołaniu wniesionym drogą pocztową w dniu 26 czerwca 2009 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, z kopią przekazaną zamawiającemu w dniu 26 czerwca 2009 r. faksem oraz nadaną przesyłką poleconą w tym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

-
- 1) dokonania czynności zaniechanych, to jest wykluczenia wykonawcy wybranego konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty;
 - 2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wybranie oferty odwołującego B;
 - 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego B kosztów wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w kwocie 3600,00 zł.;
 - 4) zobowiązanie zamawiającego i konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o.

do przedłożenia tekstów umów, na podstawie których realizowane były projekty budowlane i materiały przetargowe dla zadania inwestycyjnego pn. „modernizacja układu torowego na linii 276 i elektryfikacja linii CE – 59 na odcinku Międzyzlesie – granica państwa wraz z robotami towarzyszącymi” oraz dodatkowe projekty budowlane dla w/w zadania inwestycyjnego obejmujące likwidację osuwiska na linii kolejowej nr 276 Wrocław – Międzyzlesie – granica państwa, szlak Międzyzlesie - Damaszków wraz z budową urządzeń DSAT, przedstawione w liście referencyjnym PKP PLK SA z dnia 10 lutego 2009 r.

W uzasadnieniu odwołujący B ponowił argumentację przytoczoną w proteście.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, że przedstawiony wykaz doświadczenia zawodowego konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Projekt Sp. z o.o. oraz przedstawione referencje poświadczają spełnianie wymagań w tym zakresie, odwołujący B podniósł, że przedłożone w dokumentach oferty referencje miały w zamiarze wybranego wykonawcy udowodnić wykonanie przez niego w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a więc po 16 stycznia 2006 r. usługi o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł. Nawet przy założeniu, że usługa o jaką chodziło zamawiającemu mogła być realizowana na podstawie kilku umów, dotyczących jednej inwestycji, oraz że dwie załączone referencje mogły służyć wykonawcy wybranemu do wykazania spełnienia warunku wynikającego z punktu 8.2.1a SIWZ, to i tak powinien wykazać, że usługa wykonywana była po 16 stycznia 2006 r. a jej wartość wynosiła nie mniej niż 2 000 000,00 zł.

Tymczasem referencja wydana przez PKP PLK SA (str. 74 i 75 oferty) dla projektu „modernizacja układu torowego dla linii CE-59 na odcinku Międzyzlesie – granica państwa wraz z robotami towarzyszącymi, określa, że projekty realizowane były od października 2004 r. do października 2008 r., co implikuje stwierdzenie, że ta referencja nie wskazuje usługi realizowanej po 16 stycznia 2006 r., ani jej wartości. Odwołujący wywodził, iż z decyzji obejmującej pozwolenie na budowę danej inwestycji, jaką dołączył do protestu, wydanej dnia 22 września 2005 r. wynika, że dokumentacja projektowa nią zatwierdzona, została sporządzona przed datą 16 stycznia 2006 r. Potwierdzają to wyjaśnienia konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Inmost Sp. z o.o. w piśmie z dnia 12 czerwca 2009 r. po przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem, w którym w załączniku nr 6 kopia protokołu zdawczo odbiorczego pomiędzy Elekol Wrocław (obecnie Arcadis Sp. z o.o.) jako przekazującym

oraz PKP PLK SA jako odbierającym, działającym na podstawie umowy nr 10-P/ 2004-IRIW-3/13/04 z 19.10.2004 r. przedmiotem odbioru była dokumentacja projektowa „elektryfikacja i modernizacja odcinka linii kolejowej Międzyzlesie – granica państwa oraz decyzja o pozwoleniu na budowę wydana przez Wojewodę Dolnośląskiego. Skoro wykonanie wykazanego projektu i jego odbiór nastąpił przed datą 16 stycznia 2006 r. to usługa ta nie może być brana pod uwagę jako czyniąca zadość wymogowi punktu 8.2.1.a SIWZ. Pozostaje do ustalenia jaka była wartość tej części usługi, która była wykonana po 16 stycznia 2006 r. – dodatkowych projektów budowlanych dla likwidacji osuwiska na linii kolejowej Nr 276, Wrocław - Międzyzlesie – granica państwa, szlak Międzyzlesie – Damaszków z budową urządzeń DSAT. Zdaniem odwołującego B dodatkowe zamówienia zostały wykonane z wolnej ręki, według ówczesnego stanu prawnego, nie mogły przekraczać 20% wartości zamówienia podstawowego, a więc nie mogły przekraczać kwoty 383 884,00zł. Konkludując stwierdził, iż wybrane konsorcjum mogło jedynie wykazać wykonanie w okresie po 16 stycznia 2006 r. usług, o których mowa w punkcie 8.2.1.a SIWZ na wartość łączną 1 387 874,00 zł. (1 003 900,00zł. + 383 884,00 zł.).

Odwołujący B podtrzymał również swoje stanowisko, że nie można uznać za usługę, o której mowa w punkcie 8.2.1.a SIWZ prac wykonanych na podstawie trzech odrębnych umów, zawartych z dwoma podmiotami w różnych okresach. W przekonaniu odwołującego B, oczekiwania określone w przywołanym punkcie SIWZ należy odczytać w ten sposób, iż dla udokumentowania wymaganego doświadczenia i potencjału wykonawcy, należało wykazać się wykonaniem umowy o co najmniej wskazanej wartości - angażującej odpowiedni potencjał techniczny i osobowy. Jeżeli zamawiający, jak utrzymuje, nie wymagał by usługa była wykonywana w ramach jednej umowy, powinien to z góry określić w SIWZ, a nie w trakcie postępowania po otwarciu ofert. Usankcjonowanie takich czynności, prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż eliminowałoby z postępowania innych wykonawców nie dysponujących jedną referencją, dotyczącą jednej umowy o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł.

Ustosunkowując się do argumentacji prezentowanej w rozstrzygnięciu protestu, w

odniesieniu do wykazu osób przewidzianych do realizacji zamówienia, odwołujący B za nieporozumienie uznał uzależnianie zawartości dokumentacji projektowej, o której mowa w punkcie 8.2.1.b SIWZ od specjalności danego projektanta. Co wchodzi w zakres pojęcia dokumentacja projektowa – jej elementy, określa precyzyjnie § 4 ust. 1 rozporządzenia z dnia 2 września 2004 r. Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U Nr 202, poz. 2072). Definicja ta została przeniesiona do SIWZ, część II – projekt umowy. W tym kontekście wywody zamawiającego uznał za chybione, gdyż pojęcie dokumentacji projektowej jest zawsze takie samo i nie ma

związku z konkretną specjalnością. W opinii odwołującego B nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja zamawiającego, podważająca zarzut podania nieprawdziwych informacji odnośnie wykonywania przez projektanta Jerzego B. oznaczonego projektu wykonawczego. Wybrane konsorcjum w wyjaśnieniach z dnia 12 czerwca 2009 r. samo przyznało, że Jerzy B. takiego projektu nie wykonywał, ponieważ „uczestniczył w wykonywaniu dokumentacji wykonawczej w sposób pośredni.” Wpływ tej nieprawdziwej informacji na wynik postępowania jest ewidentny, skoro skutkuje wykazaniem przez oferenta spełnieniem wymogów.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, pismem z dnia 16 lipca 2009 r. przystąpiło konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o., podtrzymując żądania i argumentację przytoczoną w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp, postanowiła również dopuścić konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o. do udziału w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o., pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, wezwania wybranego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień z dnia 13 maja 2009 r. i udzielonej przez konsorcjum odpowiedzi oraz z załączonych dokumentów, umów zawartych przez przystępującego na realizację usług wykazanych w załączniku nr 4, protokołów odbioru dokumentacji projektowej, decyzji pozwoleń na budowę dotyczących linii kolejowe nr 276.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu jak nakazuje art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem za numerem podanym wyżej w dniu 14 stycznia 2009 r.

W postępowaniu zostało złożone 10 ofert (druk ZP-12).

Kryterium ustanowione w SIWZ - najniższa cena.

Najkorzystniejszą ofertę w kryterium złożyło wybrane konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o. - 8 782 330,92 zł. brutto.

Druga w kolejności oferta odwołującego B – konsorcjum Movares Polska Sp. z o.o. – podaje cenę 9 516 000,00 zł. brutto.

Ostateczny termin składania ofert wyznaczony został na 15 kwietnia 2009 r.

Termin związania ofertą wynosi 60 dni i uległ zawieszeniu skutkiem wniesienia protestów.

Według oświadczenia zamawiającego oferty pozostają zabezpieczone wadium.

Wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił 27 maja 2009 r.

Izba stwierdza, że wobec wykazywania podstaw do wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, odwołujący B, jako drugi w rankingu ofert, wykazał interes prawny, upoważniający do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych

w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, po modyfikacji, zawierała następujące wymagania.

Część I - instrukcja dla wykonawców.

Punkt 8.1.2 o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Punkt 8.2.1.a warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie przez każdego z wykonawców wykonania lub wykonywania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu projektu budowlanego, wykonawczego oraz dokumentacji przetargowej w zakresie budowy lub modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej o wartości netto nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł. z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy.

Punkt 8.2.1.b) dysponowania lub przyszłego dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie, wg wykazu:

1) koordynator projektu (generalny projektant), który koordynował technicznie w okresie ostatnich pięciu lat co najmniej 2 opracowaniami wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe oraz opracował w okresie ostatnich 5 lat co najmniej dwie dokumentacje projektowe dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i dwie stacje

kolejowe. Osoba wskazana na to stanowisko musi posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej;

2) projektant w specjalności kolejowej z uprawnieniami budowlanymi, do projektowania bez ograniczeń, który opracował w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 2 dokumentacje projektowe w zakresie stacji, węzłów i linii dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej;

3) projektant w branży kolejowej sieci trakcyjnej, z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, który opracował w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 2 dokumentacje projektowe w zakresie sieci trakcyjnej, dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) obejmującej łącznie co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe;

4) projektant w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, i elektroenergetycznych, który opracował w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 2 dokumentacje projektowe w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) obejmującej łącznie co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe.

Na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowych określonych w punkcie 8.2.1 SIWZ zgodnie z punktem 9.1.1 SIWZ, wykonawca zobowiązany był złożyć:

- a) wykaz wykonanych, lub wykonywanych usług o którym mowa w punkcie 8.2.1 „lit” a z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców - sporządzony według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie,
- b) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ,

W odpowiedzi z dnia 18 lutego 2009 r. (pytanie 11) zamawiający wyjaśnił, że doświadczenie wymagane dla koordynatora projektu (generalnego projektanta) musi obejmować 4 różne dokumentacje projektowe, potwierdzające, że wskazana osoba:

- koordynowała technicznie w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwoma opracowaniami wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe,

- opracowała w okresie ostatnich 5 lat, co najmniej dwie dokumentacje projektowe dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe.

W odpowiedzi na pytanie 43 z 23 marca 2009 r. zamawiający podał, że dopuszcza aby osoba proponowana na stanowisko generalnego projektanta - (koordynatora), jednocześnie wykonywała w ramach koordynowanych opracowań, dokumentacje projektowe dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe, w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej.

Pismem z dnia 13 maja 2009 wykonawca wybrany konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o. było wzywane do złożenia wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia dokumentów w zakresie;

1. doświadczenia osób przedstawionych na stanowisko:
 - a) koordynatora projektu – generalnego projektanta;
 - b) projektanta branży kolejowej sieci trakcyjnej;
 - c) projektanta branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym;
2. doświadczenia wykonawcy, obejmującego co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu projektu budowlanego, wykonawczego oraz dokumentacji przetargowej w budowy lub modernizacji zakresie zelektryfikowanej linii kolejowej, o wartości netto nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł. W okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem zamówienia. Zamawiający ocenił, iż informacje zawarte w wykazie nie potwierdzają spełnienia warunków.

Wybrane konsorcjum udzieliło odpowiedzi w określonym terminie dnia 19 maja 2009 r., przedstawiając zaktualizowane wykazy doświadczenia dla specjalistów: branży kolejowe sieci trakcyjne, branży zabezpieczenia i sterowania ruchem, podtrzymało stanowisko co do prawidłowości wykazów doświadczenia osób projektantów pozostałych branż, wymienionych w wezwaniu zamawiającego.

Wykonawca potwierdził, że jego doświadczenie zawodowe wykazane w załączniku nr 4 spełnia wymagania określone w pkt 8.2.1.a SIWZ, z wyjaśnieniem, że wykazane usługi dotyczyły jednej i tej samej inwestycji o nazwie „modernizacja układu torowego na linii 276 i elektryfikacja linii CE-59 na odcinku Międzylesie – granica państwa, w ramach kompleksowej usługi na podstawie 2 umów:

1. zawartej z PKP PLK SA, realizowanej w okresie od 2004 r. do 2008 r.
2. zawartej z Przedsiębiorstwem Projektowania Realizacji i Wdrożeń PBK Katowice Sp. z o.o., realizowanej w okresie 11 lipca 2006 r. do 15 listopada 2006 r. Wykonawca podał, że

kompleksowe wykonanie opracowań obejmowało elementy dokumentacji, wymaganej dla wykazania doświadczenia.

Izba zważyła co następuje.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 14 stycznia 2009 r., zatem jako doświadczenie wykonawcy, mogą być przyjęte usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w zakresie podanym w SIWZ, zrealizowane nie wcześniej niż trzy lata wstecz od wymienionej daty. Przedstawione referencje z dnia 2.02.2009 r. PPRiW „PBK Katowice” Sp. z o.o. oraz referencje wystawione przez PKP PLK SA z dnia 10.02.2009 r. niewątpliwie odnoszą się do usług ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego wybranego wykonawcy i potwierdzają ich należyte wykonanie, zatem z tego punktu widzenia należy uznać je za prawidłowe. Inną kwestią jest ocena spełnienia warunku określonego w punkcie 8.2.1.a SIWZ przez wybrane konsorcjum w oparciu o usługi wykazane w załączniku nr 4 do oferty.

Bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający w wezwaniu konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o. z dnia 13 maja 2009 r. potwierdził interpretację, iż w punkcie 8.2.1a SIWZ wymagał aby wykonawca wykazał fakt wykonania, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej jednej usługi, polegającej na opracowaniu łącznie (co podkreślił) projektu budowlanego, wykonawczego oraz dokumentacji przetargowej, w zakresie budowy lub modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej o wartości netto nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł.

Umowa z 19 października 2004 r. nr 10-P/2004, zawarta z PKP PLK SA obejmowała jedynie opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę. Nie obejmowała projektów wykonawczych. Wartość tej usługi wynosiła 1 832 000,00 zł. netto, a okres realizacji według umowy do 30 kwietnia 2005 r. Przystępujący Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o. powołując się na okoliczność, że umową z dnia 19 grudnia 2005 r. ten sam zamawiający udzielił mu dalszego zamówienia z wolnej ręki, na wykonanie dodatkowych projektów budowlanych, ze względu na okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć - zaistniałe usuwisko na tej linii kolejowej Wrocław – Międzyzlesie – granica państwa, szlak Międzyzlesie - Damaszków, z terminem realizacji do 30 kwietnia 2006 r. o wartości netto 345 000, 00 zł., usługi te jako jedną pozycję ujął w złożonym wykazie (poz.1), o łącznej wartości 2 303 304,00 zł. Wykonanie tych usług potwierdził zlecający referencjami z dnia 10 lutego 2009 r., gdzie wyraźnie zazaczył, że usługi dotyczyły wyłącznie projektów budowlanych i materiałów przetargowych. Okoliczności powyższe potwierdzają także przedstawione dokumenty odbioru projektów budowlanych oraz wydane na ich podstawie

pozwolenia na budowę. Podstawowy objęty umową zakres opracowanych projektów budowlanych, został wykonany przed 14 stycznia 2006 r. Zleczone prace na projekty budowlane, w związku z likwidacją osuwiska i elementami urządzeń pomiarowych, nie były wynikiem etapowania zamierzonych prac na danym odcinku linii kolejowej przez zamawiającego i ich zlecenia kolejnymi umowami, ale wynikiem nieprzewidzianego zdarzenia losowego. Usługi referencyjne wykazane w pozycji 1 załącznika nr 4 wybranego konsorcjum, nie spełniają postawionego warunku, nie obejmują bowiem opracowania projektów wykonawczych.

Wybrane konsorcjum w pozycji 2 swojego wykazu, zamieściło odrębną usługę na wykonanie projektów wykonawczych, w oparciu o umowę z dnia 11 lipca 2006 r. zawartą z innym podmiotem to jest BPK Katowice Sp. z o.o. z ustalonym wynagrodzeniem netto 1 003 900,00 zł. i terminem realizacji do 15 listopada 2006 r. Usługa ta, aczkolwiek wykonana w wymaganym okresie, co potwierdzają przedstawione protokoły odbioru, nie obejmuje projektów budowlanych, a jej wartość jest mniejsza od wymaganego minimum.

Z tych względów Izba stwierdza, że wykonawca wybrany nie wykazał wymaganego doświadczenia. Nie można zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, iż znaczące jest, że obydwie wykazane usługi dotyczyły tej samej linii kolejowej i finalnie, bez względu na okres opracowania i wartość prac oraz zlecającego, obejmowały wykonanie projektów budowlanych, projektów wykonawczych i materiałów przetargowych dla danej inwestycji. W przekonaniu Izby fakt, że wykonane przez przystępującego prace odnosiły się do tej samej linii kolejowej, nie może mieć decydującego znaczenia. Celem tak postawionego warunku, jak uczynił to zamawiający, w oparciu o przepis § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jest dopuszczenie do realizacji zamówienia wykonawcy, który wykaże zarówno swoje doświadczenie w wykonywaniu określonego zakresu usług jak i potencjał techniczny i osobowy, mierzony zdolnością wykonania pełnego zakresu prac, objętych jednym zleceniem o podanej wartości łącznej w oznaczonym czasie, to znaczy nie wcześniej niż 3 lata przed wszczęciem postępowania. Nie jest dopuszczalne wykazywanie doświadczenia i „kompletowanie” go przez łączenie elementów usług z różnych zleceń i sumowanie ich wartości, do tego wykonywanych w czasie znacznie wykraczającym poza ustalony limit 3 lat przed wszczęciem postępowania. Warunki odnosiły się do jednej usługi, a nie miały dotyczyć jednej inwestycji. Nie jest kwestionowane, że wszystkie wykazane przez konsorcjum opracowania odnoszą się do linii kolejowej 276, natomiast nie dotyczą jednej usługi, gdyż nie potwierdzają tego przeprowadzone w sprawie dowody. Izba nie wyklucza sytuacji, iż zamierzona inwestycja zostaje podzielona przez zamawiającego na etapy objęte oddzielnymi umowami, np. ze względu na możliwości finansowania. Wówczas, gdy ten sam zamawiający kontynuuje udzielanie zlecenia wykonawcy, w konkretnych okolicznościach, takie doświadczenie można traktować jako „co

najmniej jedną usługę.” Przy czym, za jedno i to samo zlecenie można przyjąć, gdy występują te same strony umowy. Miarą potencjału, którego ustaleniu służy wykaz usług, jest zdolność wykonania pełnego wymaganego zakresu prac o określonej wartości w oznaczonym czasie w ramach jednej usługi, bez względu na to czy odnoszą się do tej samej, czy do różnych inwestycji.

Postępowanie dowodowe wykazało trafność stawianych zarzutów, iż wybrany wykonawca nie wykazał swego doświadczenia zawodowego na poziomie wymaganym w SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu niewystarczającego doświadczenia osób mających realizować zamówienie, Izba stwierdza co następuje.

Interpretacja stawianych wymogów w odniesieniu do doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia, winna odwoływać się do charakterystyki i rodzaju prac objętych zamówieniem, którym mają sprostować wyznaczeni projektanci, bezpośrednio wykonujący dane opracowania. Zatem liczącą jest wiedza, praktyczne umiejętności tych osób, nabyte w trakcie realizacji zbliżonych projektów, co nie oznacza wymogu ich pełnej identyczności. Zamawiający wymagał, aby projektanci poszczególnych branż, wskazani do realizacji zamówienia, legitymowali się wykonaniem dokumentacji projektowej. Rację należy przyznać odwołującemu B, że zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia z dnia 2 września 2004 r. Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U Nr 202, poz. 2072) w pojęciu „dokumentacja projektowa” mieści się :

3. projekt budowlany;
4. projekty wykonawcze;
3. przedmiar
4. ewentualnie informacja bioz.

Definicja ta została przeniesiona do SIWZ, część II – projekt umowy.

Celem przedmiotowego zamówienia, jak wynika z jego opisu, jest opracowanie studium wykonalności dla budowy określonego połączenia kolejowego, uzyskanie wymaganych uzgodnień i decyzji administracyjnych, przygotowanie wniosku o dofinansowanie, opracowanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę. Wykonane opracowania będą w przyszłości służyły do wyboru wykonawcy projektów wykonawczych i wykonawcy robót. Nie można zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że wymagał wyłącznie doświadczenia od projektantów, w zakresie opracowań branżowych, odpowiednio do posiadanych uprawnień budowlanych, gdyż jest to fakt oczywisty. Natomiast nie da się zaprzeczyć, że dokumentacja branżowa też składa się projektu budowlanego i projektów

wykonawczych. Mając na uwadze, że zakres umiejętności związanych z wykonywaniem projektów budowlanych, podlegających zatwierdzeniu zgodnie z art. 34 i 35 Prawa budowlanego i projektów wykonawczych umożliwiających prowadzenie prac realizacyjnych, jest zbliżony. Uwzględniając znaczne podobieństwo wymogów dla wykazania doświadczenia i wiedzy w wykonywaniu projektów budowlanych, projektanci mogą przedstawiać także projekty wykonawcze, przy czym zachodzi również sytuacja odwrotna, w celu wykazania doświadczenia przy wykonywaniu projektów wykonawczych można podawać wykonane projekty, będące podstawą wydania pozwoleń na budowę. Osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie w tworzeniu czy projektów budowlanych wykonawczych, będących co do zasady częścią materiałów przetargowych, może również podjąć się przygotowania materiałów przetargowych, przynajmniej w części technicznej. Wymóg opracowania co najmniej dwóch dokumentacji projektowych, mógł sprowadzać się do wykazania przez projektanta doświadczenia w zakresie elementu wchodzącego w skład dokumentacji projektowej to jest projektu budowlanego lub wykonawczego.

Mając na uwadze powyższą interpretację dla wyjaśnienia pojęcia - wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania dokumentacji projektowej przez bezpośrednich wykonawców opracowań projektowych wskazanych branż, Izba stwierdza, że co najmniej przedstawione doświadczenie, jak niżej jest wystarczające do ustalonych wymagań punktu 8.2.1 b SIWZ oraz odpowiadające zakresowi prac przedmiotowego zamówienia:

1. p. Jan O. - koordynator projektu (generalny projektant) koordynował technicznie i projektował opracowania:
 - a) „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej, odcinek Wałbrzych Fabryczny - Boguszów Gorce”,
 - b) „projekt modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej nr 6 Zielonka – Kuźnica Białostocka.”
2. p. Ryszard R. - projektant w specjalności kolejowej opracował dokumentacje projektowe,
 - a) projekty budowlane dla elektryfikacji linii Międzylesie - granica państwa,

b) projekty budowlane i wykonawcze dotyczące linii kolejowych 271 i 273 Wrocław – Grabiszyn, Wrocław – Rudna.

3. p. Ryszard B. - projektant w specjalności zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, legitymuje się opracowaniem dwóch dokumentacji projektowych w zakresie swojej specjalności:

- a) „modernizacja układu torowego Międzylesie – granica państwa, – w zakresie budowy i przebudowy komputerowych urządzeń srk,
- b) projekt budowlany, projekt wykonawczy i materiały przetargowe dla zadania budowa komputerowych urządzeń srk na stacji Świebodzice i szlakach,

4. p. Jerzy B. - projektant w specjalności kolejowe sieci trakcyjne, legitymuje się opracowaniem 2 dokumentacji projektowych w zakresie swojej specjalności:

- a) „modernizacja linii kolejowej E-65, odcinek Warszawa – Gdynia, Etap I, opracowanie dotyczy odcinka Mława – Montowo i jednej stacji Montowo,
- b) dokumentacji projektowej dla elektryfikacji linii kolejowej Międzylesie – granica państwa, obejmującej szlak Międzylesie – granica państwa oraz stację Międzylesie.

Odwołujący B nie udowodnił, że przedstawione informacje, co do wykazanych przez tego projektanta opracowań dokumentacji w zakresie przebudowy sieci trakcyjnej, są nieprawdziwe.

Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego, iż w odniesieniu do projektów liniowych, przy konieczności wykazania opracowania co najmniej dwóch dokumentacji projektowych dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe, należało rozumieć, że projektant miał wykazać, iż dwa projekty obejmują co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe. Przy czym stacje nie musiały być przyległe do danego szlaku.

W odróżnieniu do doświadczenia wykonawcy, gdzie precyzyjnie podano, iż ma się on legitymować doświadczeniem w zakresie usługi opracowania projektu budowlanego, wykonawczego i dokumentacji przetargowej, to w odniesieniu do doświadczenia osób mających wykonywać opracowania dokumentacji projektowej poszczególnych branż, opis ten jest nieprecyzyjny. Zatem i z tego względu Izba uznaje, że wątpliwości w tym zakresie należało tłumaczyć na korzyść wykonawcy.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń Inmost Projekt Sp. z o.o., mimo że konsorcjum to nie spełniło warunków udziału, określonych w punkcie 8.2.1 a SIWZ, dotyczących doświadczenia zawodowego wykonawcy. Jak również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 4 Pzp, art. 91 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty i wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, podania przez wybranego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie odwołującego B na podstawie art. 191 ust 1 i 1a Pzp, gdyż stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania, oraz orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Izba orzekła o zwrocie kwoty wpisu przez zamawiającego na rzecz odwołującego B, natomiast nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, gdyż zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami) przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, może nastąpić na podstawie rachunku, którego odwołujący B nie złożył.

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 ze 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:

.....