

WYROK
z dnia 7 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Dekerta 18, 30-703 Kraków (Pełnomocnik), Getinsa Ingeneria S.L. z siedzibą w Madrycie, Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03 – 734 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Dekerta 18, 30-703 Kraków (Pełnomocnik), Getinsa Ingeneria S.L. z siedzibą w Madrycie, Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i zalicza w poczet kosztów

1

postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Dekerta 18, 30-703 Kraków (Pełnomocnik), Getinsa Ingeneria S.L. z siedzibą w Madrycie, Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03 – 734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zarządzanie i nadzór nad realizacją Projektu POLiŚ 7.1-21 „Budowa połączenia kolejowego MPL „Kraków-Balice” z Krakowem, odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice”, nr IR03ZAd-216- 03/POLiŚ 7.1-21/12. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 sierpnia 2012 roku pod numerem 2012/S 155-259173.

3 grudnia 2012 roku Zamawiający głośił wynik postępowania informując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11.

13 grudnia 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 i art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł Odwołanie od: czynności Zamawiającego tj. od czynności wyboru przez Zamawiającego oferty nr 9 złożonej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 jako oferty najkorzystniejszej, mimo, iż wykonawcy składający ofertę winni zostać wykluczeni z postępowania zgodnie z przepisami ustawy, a złożona przez nich oferta winna zostać odrzucona, względnie uznania za odrzuconą przez Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy; zaniechania czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą tj. od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851

3

Warszawa, ul. Waliców 11 i w konsekwencji zaniechania odrzucenia (względnie zaniechania uznania za odrzuconą) oferty złożonej przez tych wykonawców a do których to czynności Zamawiający był zobowiązany w szczególności na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - wobec niewniesienia przez wykonawców w sposób prawidłowy wadium do upływu terminu składania ofert, pkt 3 ustawy- ustawy wobec złożenia przez wykonawców nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania i pkt 4 ustawy - wobec niewykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu w zw. z art. 23 ust. 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (dalej: konsorcjum), mimo iż wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w szczególności: żadne z referencji złożonych przez tychże wykonawców nie wskazują w swojej treści, na spełnianie przez wykonawców wymogu co do wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 8.2.2 w zw. z pkt 8.4.1 SIWZ, w tym w szczególności referencje te nie potwierdzają wykonania usług wskazanych przez wykonawców w załączonym do oferty „wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat” (Załącznik nr 5 do SIWZ), jak również referencje te nie potwierdzają wykonania przez któregokolwiek z tychże wykonawców w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, jakiegokolwiek usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN netto polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 150.000.000,00 PLN netto.
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez niewykluczenie przez Zamawiającego konsorcjum, mimo iż wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, w załączonym do oferty „wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat” (Załącznik nr 5 do

SIWZ) przez niezgodne z prawdą wskazanie: w pozycji 1) wykazu, iż wykonawca lub wykonawcy wykonali w okresie od 28 czerwca 2004 r. do 28 lutego 2010 r. usługę / zamówienie pod nazwą „Poprawa infrastruktury kolejowej w Polsce” o wartości

4

25.621.320 PLN (netto), obejmującej nadzór robót budowlanych o wartości 623.438.498 PLN (netto), na rzecz zamawiającego - PKP PLK S.A., podczas gdy z załączonego do oferty listu referencyjnego z dnia 4 maja 2010 r., wydanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., wprost wynika w szczególności, że wykonawca Mott MacDonald Limited w przedmiotowym okresie wykonywał, z przerwami, cztery różne usługi / zamówienia, na podstawie czterech odrębnych umów, przy czym dwie z nich wykonywał w ramach konsorcjum z KOLPROJEKT Sp. z o. o., a żadna z tych usług nie spełniała warunku określonego w pkt 8.2.2 w zw. z pkt 8.4.1 SIWZ; w pozycji 2) wykazu, iż wykonawca lub wykonawcy wykonali w okresie od 1 czerwca 2005 r. do 23 maja 2010 r. usługę / zamówienie pod nazwą „Doradztwo techniczne Projektu Linii Kolejowej East London” w ramach którego miał być rzekomo wykonywany „nadzór na robotami budowlanymi”, podczas gdy z załączonego do oferty dokumentu z dnia 11 stycznia 2011 roku podpisanego przez przedstawiciela podmiotu London Overground Infrastructure, jednoznacznie wynika, iż świadczona usługa w ogóle nie obejmowała swoim zakresem świadczenia usług nadzoru nad robotami budowlanymi (construction supervision), a ograniczała się jedynie do świadczenia usług doradztwa technicznego, świadczenia usług wstępnego projektowania jak również świadczenia usług wsparcia w zakresie zamawiania prac i dostaw, a zatem nie spełniała warunku określonego w pkt 8.2.2 w zw. z pkt 8.4.1 SIWZ - przy czym złożenie tychże nieprawdziwych informacji miało oczywisty wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż doprowadziło do błędnego uznania przez Zamawiającego, że wykonawcy - konsorcjum w składzie Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (00-851 Warszawa, ul. Waliców 11) oraz Mott MacDonald Limited (Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR20 2 EE, Wielka Brytania) wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności warunku określonego w pkt 8.2.2 w zw. z pkt 8.4.1 SIWZ.

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia konsorcjum z postępowania, mimo iż wykonawcy ci nie wnieśli w prawidłowy sposób wadium do upływu terminu składania ofert, gdyż złożona przez tychże wykonawców gwarancja przetargowa nr TEB 1256/12 w sposób wadliwy, niezgodny z art. 46 ust. 5 ustawy określa warunki skorzystania z niej przez Zamawiającego.
4. art. 23 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia (względnie zaniechanie uznania za odrzuconą) oferty złożonej przez konsorcjum,

5

mimo iż jak wskazano w punktach powyżej zaistniały przesłanki powodujące konieczności wykluczenia konsorcjum z postępowania.

5. art. 24 ust. 2 pkt 2,3 i 4 ustawy w zw. z art. 23 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy i w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, mimo, iż konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania a złożona przez konsorcjum oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania konsorcjum,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia, względnie uznania za odrzuconą, oferty konsorcjum,

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem powyższych żądań,
- zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołujących wg. norm przepisanych tj. obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa adwokackiego, w całości Zamawiającego i zasądzenie kosztów postępowania w całości od Zamawiającego na rzecz Odwołujących.

Oferta złożona przez Odwołujących (oferta nr 4) opiewała na cenę 1.832.700 PLN brutto, uzyskała ocenę punktową w wysokości 96,51 i stanowiła drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu. Zgodnie z pkt 19.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie cena. Odwołujący, niewątpliwie mają interes w uzyskaniu zamówienia w ramach postępowania jak również poniosą szkodę (w szczególności w postaci utraconych korzyści) w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a zatem spełnione są przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 *in fine* ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W zakresie zarzutu 1.

6

Odwołujący podniósł, że w pkt 8.2.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w szczególności spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W pkt 8.4.1 SIWZ Zamawiający doprecyzował, że w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.2. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN netto polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 150.000.000,00 PLN netto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście. Termin składania ofert zgodnie z pkt 17.1 SIWZ został wyznaczony na 20 września 2012 r. Wykonawcy - konsorcjum w składzie Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie) oraz Mott MacDonald Limited, celem wykazania spełniania warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 8.4.1 SIWZ, oświadczyli w „wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat” (Załącznik nr 5 do SIWZ), iż mieli rzekomo wykonać: w okresie od 28 czerwca 2004 r. do 28 lutego 2010 r. usługę pn. „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”, o wartości 25.621.320 PLN netto, która to usługa miała rzekomo obejmować nadzór na robotami budowlanymi o wartości 623.438.498 PLN netto; w okresie od 1 czerwca 2005 r. do 13 maja 2010 r. usługę pn. „Doradztwo techniczne Projektu Linii Kolejowej East London”, o wartości 209.132.000 PLN, która to usługa miała rzekomo obejmować nadzór nad robotami budowlanymi o wartości 5.228.300.000 PLN netto.

Zgodnie z pkt 9.1.3 lit. (a) SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w wykazie zamówień .

Konsorcjum złożyło odnośnie usługi wykazanej w pkt 1 wykazu, dokument oznaczony jako „List referencyjny” z dnia 2 maja 2010 r. wystawiony przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, z którego treści wynikało, iż:

- w okresie od 28 czerwca 2004 r. do 31 maja 2008 r. Mott MacDonald Limited w ramach konsorcjum ze spółką KOLPROJEKT Sp. z o. o. wykonywał na podstawie Umowy nr 2001 /PL/16/P/PT/015-11 usługę o wartości 4.407.322 Euro netto, na „Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”,
- w okresie od 4 czerwca 2008 r. do 23 lipca 2008 r. Mott MacDonald Limited w ramach konsorcjum ze spółką KOLPROJEKT Sp. z o. o. wykonywał na podstawie Umowy

7

-
- nr 2001/PL/16/P/PT/015-11A usługę o wartości 1.569.785 PLN netto, na „Tymczasowy nadzór nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”,
 - w okresie od 24 lipca 2009 r. do 28 lutego 2010 r. Mott MacDonald Limited samodzielnie wykonywał na podstawie Umowy nr 2001/PL/16/P/PT/015-14 usługę o wartości 1.410.000 Euro netto, na „Kontynuację nadzoru nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”,
 - w okresie od 29 października 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. Mott MacDonald Limited samodzielnie wykonywał na podstawie Umowy nr 60/005/011386/061/09/1/1 usługę o wartości 115.000 PLN netto, na „Nadzór nad realizację robót dodatkowych w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”.

Z przytoczonego Listu referencyjnego wprost wynika zatem, że Mott MacDonald Limited częściowo w ramach konsorcjum, a częściowo jako samodzielny wykonawca, na podstawie czterech odrębnych umów, zrealizował cztery odrębne usługi w ramach czterech odrębnych zamówień. Podkreślić należy, że w szczególności kuriozalne jest twierdzenie, że usługi realizowane przez Mott MacDonald Limited w ramach konsorcjum ze spółką KOLPROJEKT Sp. z o. o. (wymienione w lit. a i b powyżej), a zakończone w lipcu 2008 r., mogą stanowić jedną usługę z usługami realizowanymi przez Mott MacDonald Limited samodzielnie (wymienionymi w lit. c i d powyżej), których wykonywanie rozpoczęło się w lipcu i październiku 2009 r., a zatem ponad rok później. Odwołujący wskazał, że sam fakt, że jedne usługi były wykonywane w konsorcjum, podczas gdy pozostałe samodzielnie, duży odstęp czasowy pomiędzy ich wykonywaniem, jak również podstawowy fakt, że każda usługa stanowiła wykonanie odrębnej umowy dotyczącej odrębnego zamówienia publicznego, przesądza iż każda z tych usług powinna być traktowana jako samodzielna usługa. Tym samym usługi zrealizowane przez Mott MacDonald Limited w ramach konsorcjum ze spółką KOLPROJEKT Sp. z o. o. jako wykonane znacznie wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu w ogóle nie mogą być brane pod uwagę w zakresie oceny spełniania warunku określonego w pkt 8.4.1 SIWZ. Dwie usługi zaś wykonane samodzielnie przez Mott MacDonald Limited w okresie 24 lipca 2009 r. do 31 grudnia 2009 r., nawet gdyby w sposób nieuzasadniony traktować jego łącznie, nie spełniają w szczególności kryterium wartości usługi, określonym w pkt 8.4.1 SIWZ (10.000.000 PLN netto) , gdyż ich przeliczona na PLN wartość (zgodnie z kursem podanym w wykazie) wynosi odpowiednio 5.801.727 PLN netto i 115.000 PLN netto. W zakresie usługi wykazanej w pkt 2 wykazu, dokument w wersji angielskiej oznaczony jako „Client's Certificate” z dnia 11 stycznia 2011 r. wystawiony przez London Overground Infrastructure, wraz z niedokładnym (jak należy uznać celowo) tłumaczeniem własnym na język polski z którego treści wynikało, iż: w okresie od czerwca 2005 r. do 23 maja 2010 r.

spółka Mott MacDonald Limited działając jako Doradca Techniczny świadczyła na rzecz London Overground Infrastructure usługi polegające na: wielobranżowym doradztwie inżynierskim i technicznym, wykonaniu wstępnych projektów, wsparciu procesu udzielania zamówień na roboty i dostawy, zapewnianiu doradztwa technicznego i wsparcia o wartości wynagrodzenia ok. 40 milionów funtów. Z dokumentu w żadnym razie nie wynika w ocenie Odwołującego, że Mott MacDonald Limited świadczyła jakiegokolwiek usługi w zakresie prowadzenia nadzoru nad robotami budowlanymi („supervision of works”), jak tego wymaga pkt 8.4.1 SIWZ, gdyż świadczone usługi miały charakter jedynie doradczy i projektowy. Odwołujący wskazał, że konsorcjum świadome tego oczywistego faktu, jak należy uznać celowo, dokonało manipulacji w treści tłumaczenia referencji, wskazując że rzekomo miały być świadczone także usługi „w zakresie odbiorów technicznych”, podczas gdy wersja angielska nic o odbiorach technicznych nie wspomina. Oczywiście kwestia ta nie zmienia w żaden sposób przedstawionej konkluzji, ale pokazuje premedytację w działaniu wykonawców . Wymaga zauważenia, że nadzór nad robotami budowlanymi w żadnym razie nie ogranicza się do „doradztwa technicznego”. Oceniając znacznie słowa nadzór, warto posiłkowo odwołać się do norm ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2011 r., Nr 94, Poz. 551 z późn. zm. - dalej „PB”) - w szczególności zgodnie z art. 25 PB do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy: reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem

i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobieganie zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie, sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w gotowych obiektach i czynnościach odbioru budowlanych przekazywanie ich do użytkowania, potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. Sprawowanie nadzoru nie oznacza zatem pełnienia funkcji doradczej, ale wymaga podejmowania konkretnych czynności związanych w szczególności z bieżącą kontrolą sposobu wykonywania prac, odbiorem prac czy potwierdzaniem ich wykonania jak również usunięcia wad. Sprawowanie nadzoru częstokroć obejmuje również kontrolowanie rozliczeń budowy. W ramach nadzoru w ogóle nie mieści się np. wykonywanie „wstępnych projektów”. Zakres prac wykonywanych przez Mott MacDonald Limited, określony w dokumencie „Client's Certificate” z dnia 11 stycznia 2011 r. wystawiony przez London Overground Infrastructure nie pozwala zatem na przyjęcie, że Mott MacDonald Limited w jakimkolwiek zakresie sprawowało nadzór nad robotami budowlanymi, jak tego wymaga pkt 8.4.1 SIWZ. W świetle powyższego niewłaściwe jest w ocenie Odwołującego, że Zamawiający

bezkrytycznie uznał za prawdziwą treść „wykazu prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat” (Załącznik nr 5 do SIWZ) złożoną przez konsorcjum skoro jej treść nie znajdowała jakiegokolwiek potwierdzenia w dokumentach złożonych przez samych wykonawców. Nie zmienia to oczywiście okoliczności, że Zamawiający został przez tychże wykonawców wprowadzony w błąd. Należy uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z pkt 8.4.1 SIWZ Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć konsorcjum z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu 2.

Konsorcjum celem wykazania spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 8.4.1 SIWZ, oświadczyło w „wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat” (Załącznik nr 5 do SIWZ), iż miało rzekomo wykonać: w okresie od 28 czerwca 2004 r. do 28 lutego 2010 r. usługę pn. „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”, o wartości 25.621.320 PLN netto, która to usługa miała rzekomo obejmować nadzór na robotami budowlanymi o wartości 623.438.498 PLN netto, natomiast w okresie od 1 czerwca 2005 r. do 13 maja 2010 r. usługę pn. „Doradztwo techniczne Projektu Linii Kolejowej East London”, o wartości 209.132.000 PLN, która to usługa miała rzekomo obejmować nadzór nad robotami budowlanymi o wartości 5.228.300.000 PLN netto. Uwzględniając argumentację wskazaną powyżej (w zakresie zarzutu 1), informacje te są nieprawdziwe, bowiem zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez samych wykonawców, takie usługi nigdy nie zostały przez żadnego z wykonawców wykonane. W istocie zamiast usługi, o której mowa w pkt 1), Mott MacDonald Limited częściowo w ramach konsorcjum, a częściowo jako samodzielny wykonawca, na podstawie czterech odrębnych umów, zrealizował cztery odrębne usługi w ramach czterech odrębnych zamówień, z których żadna nie spełniała wymogów określonych w pkt 8.4.1 SIWZ. Celowo zatem wykonawcy postanowili nieprawdziwie oświadczyć, iż rzekomo Mott MacDonald Limited wykonywał nieprzerwanie w okresie od 28 czerwca 2004 r. do 28 lutego odrębnych usług. Podanie tej nieprawdziwej informacji miało oczywisty wpływ na wynik postępowania, który przejawia się tym, że Zamawiający dając wiarę oświadczeniom wykonawców nie wykluczył ich z postępowania, uznając że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu. W zakresie usługi, o której mowa w pkt 2, nieprawdziwe jest twierdzenie, że Mott MacDonald Limited świadczyła jakiegokolwiek usługi w zakresie prowadzenia nadzoru nad robotami budowlanymi („supervision of works”), jak tego wymaga pkt 8.4.1 SIWZ, gdyż świadczone usługi miały charakter jedynie doradczy i projektowy. Celowo zatem wykonawcy postanowili nieprawdziwie oświadczyć, iż rzekomo Mott MacDonald Limited wykonywał usługę także w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi by pozorować spełnienie wymogu określonego

w pkt 8.4.1 SIWZ. Podanie tej nieprawdziwej informacji miało oczywisty wpływ na wynik postępowania, który przejawia się tym, że Zamawiający dając wiarę oświadczeniom wykonawców nie wykluczył ich z postępowania, uznając że spełniają oni warunki udziału w Postępowaniu. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 kwietnia 2011 r., do sygn. KIO 706/11: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym oraz zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających.” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 października 2009 r. do sygn. akt KIO/UZP 1223/09 uzasadniał: „Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 PZP podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane.” Wyroki te zasługują na aprobatę, w szczególności nie można zaakceptować sytuacji, w której wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest niejako premiowany za podanie nieprawdziwej informacji tym, iż uzyskuje możliwość uzupełnienia wykazu usług, w sytuacji w której zostanie wykazane podanie przezeń nieprawdziwych informacji. W świetle powyższego należy uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający winien był w takim wypadku wykluczyć konsorcjum z postępowania wobec złożenia w „wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat” (Załącznik nr 5 do SIWZ), nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu 3.

Konsorcjum złożyło w postępowaniu wadium w formie bankowej gwarancji przetargowej nr TEB 1256/12 z dnia 18 września 2012 r. W treści tejże gwarancji w szczególności wskazano sytuacje w których może nastąpić wypłata kwoty gwarancji na rzecz Zamawiającego - w szczególności w zakresie przesłanek wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy dokonano doprecyzowania, że wypłata obejmuje przypadki, w których wykonawca (spółka Mott MacDonald Limited) „będąc poinformowany o wyborze jej oferty w okresie jej ważności”: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniosła wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tymczasem zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy brak

jest dla zatrzymania wadium warunku „bycia poinformowanym o wyborze oferty w okresie jej ważności”. Art. 46 ust. 5 ustawy stanowi: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 kwietnia 2012 r., do sygn. KIO 612/12, „Gwarancja, której treść nie pozwala na stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, iż zamawiający będzie mógł w każdym przypadku regulowanym p.z.p. skutecznie dochodzić zapłaty kwoty pieniężnej od ubezpieczyciela, nie może być uznana za wadium zabezpieczające ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.” oraz „Jeżeli w treści gwarancji dokonano wyszczególnienia okoliczności uprawniających do wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium, które nie wypełniało w pełni katalogu przesłanek zatrzymania wadium, to nie ma podstaw do przyjęcia, iż zabezpiecza ona roszczenia zamawiającego wykraczające poza jednoznaczne zobowiązanie

W świetle przez gwarancję ubezpieczyciela.” powyższego złożoną konsorcjum przetargową nr TEB 1256/12 z dnia 18 września 2012 r. należy uznać za

interesy w istocie niezabezpieczającą Zamawiającego, wobec sformułowania dodatkowego, pozaprawnego, subiektywnego warunku wypłaty kwoty gwarancji w postaci „bycia poinformowanym o wyborze oferty w okresie jej ważności”. Na podstawie zatem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Zamawiający winien był wykluczyć konsorcjum z postępowania, gdyż nie wnieśli w prawidłowy sposób wadium do upływu terminu składania ofert.

W zakresie zarzutu 4.

Zgodnie z art. 23 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający winien był uznać za odrzuconą względnie odrzucić ofertę złożoną w postępowaniu przez konsorcjum, gdyż jak wskazano powyżej zaistniały przesłanki powodujące konieczności wykluczenia tychże wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 ustawy.

W zakresie zarzutu 5.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 ustawy w zw. z art. 23 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych przez wybór oferty złożonej w postępowaniu przez konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, mimo, iż konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania a złożona oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego.

12

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 grudnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

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

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód z dokumentu złożony przez Odwołującego MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Dekerta 18, 30-703 Kraków (Pełnomocnik), Getinsa Ingeneria S.L. z siedzibą w Madrycie, Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie:

- tłumaczenie uwierzytelnione z języka angielskiego (dowód nr 1) zawartej na str. 29 oferty uczestnika postępowania odwoławczego referencji na okoliczność wykazania, że w zakresie realizowanej usługi nie był wykonywany nadzór nad robotami.

Izba dopuściła dowód z dokumentu złożonego przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03 – 734 Warszawa:

13

-
- pismo Zamawiającego z 29 listopada 2011 roku (dowód nr 2) na okoliczność potwierdzenia tego, że kontrakty wykazane przez Zamawiającego w referencji z 4 maja 2010 r. wykonywane były w sposób ciągły, była to kontynuacja - wykazane prace na podstawie umowy nr 2001/PL/16/P/PT/015-11 kontynuowane były na podstawie umowy nr 2001/PL/16/P/PT/015-11A, a następnie kontynuowane były

w umowie nr 2001/PL/16/P/PT/015-14 i dalej realizowane było zamówienie dodatkowe w ramach tej umowy na podstawie umowy nr 60/005/011386/061/09/1/1.

Izba dopuściła dowody z dokumentów złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (dalej: konsorcjum):

- pismo z 19 marca 2010 roku potwierdzające przyjęcie przez Zamawiającego Raportu Końcowego Inżyniera na okoliczność potwierdzenia, że realizacja umów wskazanych w referencji stanowiła jedną usługę (dowód nr 3),
- tłumaczenie referencji zawartej na str. 22 oferty dokonane przez tłumacza przysięgłego języka hiszpańskiego, które jest inne niż tłumaczenie zawarte w ofercie Odwołującego na okoliczność wykazania jednakowego traktowania wykonawców przez Zamawiającego.

Izba dopuściła dowód z zeznań świadka Pani Małgorzaty Piątek wnioskowany przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE Wielka Brytania, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Polska Spółka z o.o. 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 (dalej: konsorcjum) na okoliczność wykazania związku pomiędzy umowami zawartymi w referencji z 4 maja 2010 roku

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny

14

podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 1:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu z powodu zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania, mimo, że konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.*

Zamawiający wymagał aby wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie na okoliczność czego zobowiązani byli wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie), wykonali co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN netto polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 150.000.000,00 PLN netto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście.

Uczestnik postępowania odwoławczego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na stronie 24 i 25 oferty złożył oświadczenie zgodnie z określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w którym zawarł dwie zrealizowane usługi na rzecz: 1 – PKP PLK z siedzibą w Warszawie, 2 – London Overground Infrastruktura Transport for London z siedzibą w Londynie oraz załączył na stronach od 26 do 32 referencje, dokumenty potwierdzające wykonanie należycie usług.

Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu danego wykonawcy zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w oświadczeniu - w rozpoznawanej sprawie wskazanych w *wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawców w okresie ostatnich trzech lat* sporządzonym na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ - wraz z informacjami zawartymi w dokumentach załączonych przez wykonawcę celem wykazania należytej realizacji usługi (np.: referencja). Nieuprawnionym jest dokonywanie

15

oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, iż treść tego dokumentu nie została zdefiniowana a jego zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który takowy dokument wystawia. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w § 1 ust. 1 pkt. 3 Zamawiający może żądać *W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: (...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.* Z przytoczonej treści przepisu wynika, że nie są zdefiniowane w treści rozporządzenia wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Prawodawca wskazał w rozporządzeniu, że z dokumentu tego ma wynikać, że usługa jest wykonywana lub została wykonana należycie. Nieuprawnionym zatem byłoby żądanie aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZOI0-640/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZOI0-346/06, wyrok KIO z 28 maja 2010 roku sygn. akt KIO 865/10). Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie odnosi się do problemu oceny zakresu informacji zawartych w dokumencie składanym celem wykazania należytej realizacji zamówienia i wskazuje, że z treści załączonych do wykazów dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków postawionych przez Zamawiającego (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 maja 2007 r., Sygn. akt UZP/ZOI0-554/07) oraz, że referencja nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 281/08.).

16

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podniósł, że z treści złożonych przez konsorcjum dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań nie wynika zakres przedmiotowy świadczonych usług wymaganych przez Zamawiającego, natomiast zakres przedmiotowy wskazany w oświadczeniu sporządzonym na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ jest inny niż ten zawarty w złożonych dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówień. Izba zaznacza, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu, natomiast dołączone do oświadczenia dokumenty mają za zadanie potwierdzać, że usługa została wykonana należycie. Podkreślić w tym miejscu również należy, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi nie są wystawiane

na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1490/09).

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy w zakresie pierwszej wykazanej zrealizowanej usługi w oświadczeniu na stronie 25 oferty Izba uznała, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W oświadczeniu złożonym na stronie 25 oferty konsorcjum podało w pozycji 1 w kolumnie pierwszej nazwę zamówienia: „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”, o wartości usług (kolumna 2) „25 621 320, - PLN netto” dla przedmiotu wykonanych usług (potwierdzających spełnienie warunku udziału) podanego w kolumnie 3 „Nadzór nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji zelektryfikowanych linii kolejowych prowadzonymi według warunków kontraktowych FIDIC oraz nadzór nad pracami projektowymi i zarządzanie projektem” realizowane w terminach: rozpoczęcie realizacji zamówienia 28 czerwca 2004 r. zakończenie realizacji zamówienia 28 lutego 2010 r. o wartości nadzorowanych robót budowlanych 623.438.498 PLN netto na rzecz PKP PLK S.A ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa. Konsorcjum załączyło na okoliczność wykazania należytej realizacji zamówienia „List referencyjny” z dnia 2 maja 2010 r. wystawiony przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, z którego treści wynika, iż:

- w okresie od 28 czerwca 2004 r. do 31 maja 2008 r. Mott MacDonald Limited w ramach konsorcjum ze spółką KOLPROJEKT Sp. z o. o. wykonywał na podstawie Umowy nr 2001 /PL/16/P/PT/015-11 usługę o wartości 4 407 322,00 Euro netto,

17

na „Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”,

- w okresie od 4 czerwca 2008 r. do 23 lipca 2008 r. Mott MacDonald Limited w ramach konsorcjum ze spółką KOLPROJEKT Sp. z o. o. wykonywał na podstawie Umowy nr 2001/PL/16/P/PT/015-11A usługę o wartości 1 569 785,00 PLN netto, na „Tymczasowy nadzór nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”,
- w okresie od 24 lipca 2009 r. do 28 lutego 2010 r. Mott MacDonald Limited samodzielnie wykonywał na podstawie Umowy nr 2001/PL/16/P/PT/015-14 usługę o wartości 1 410 000,00 Euro netto, na „Kontynuację nadzoru nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”,
- w okresie od 29 października 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. Mott MacDonald Limited samodzielnie wykonywał na podstawie Umowy nr 60/005/011386/061/09/1/1 usługę o wartości 115 000,00 PLN netto, na „Nadzór nad realizację robót dodatkowych w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”.

Izba wskazuje, że z treści złożonego listu referencyjnego wynika, że *przedmiot umowy został zrealizowany terminowo, z należytą starannością i zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi*. Tym samym dokument ten zawiera informacje do żądania jakich uprawniony jest Zamawiający. Jednocześnie należy zaznaczyć, że nie stanowiło to przedmiotu sporu pomiędzy Stronami.

Odwołujący wskazywał, że cztery umowy wymienione w liście referencyjnym stanowią realizację czterech usług, tym samym nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, bowiem Odwołujący nie wykazał, że zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego opisem sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługa o wartości *nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN netto polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 150.000.000,00 PLN netto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane* należycie ma dotyczyć usługi realizowanej na podstawie jednej zawartej umowy. Zamawiający nie wprowadził dookreślenia, z którego wynikałoby, że jedna umowa równa się jednej usłudze. Izba uznała, że ze złożonych dokumentów w ofercie konsorcjum wynika

ciągłość prowadzenia usługi nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie określonym przez Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie złożył dokument tj. pismo Zamawiającego z 29 listopada 2011 roku, które Zamawiający złożył w celu wykazania, że kontrakty

18

wykazane w liście referencyjnym z 4 maja 2010 r. wykonywane był w sposób ciągły, z pisma tego wynika, że umowa nr 2001/PL/16/P/PT/015-14 realizowana była w terminie od 24 lipca 2008 roku do 28 lutego 2010 roku. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że w liście referencyjnym z 4 maja 2010 roku omyłkowo została podana data realizacji powyżej wskazanej umowy, tym samym została zachowana ciągłość realizacji umów. Zarówno w liście referencyjnym jak i w piśmie Zamawiającego z 29 listopada 2011 roku zostało wskazane, że usługa nadzoru realizowana była w ramach projektu unijnego a pierwsza z zawartych umów wskazywała zakres, kolejne zawierane umowy stanowiły kontynuację oraz realizację zamówień dodatkowych. W rozpoznawanej sprawie, w przypadku wykazanej przez konsorcjum zrealizowanej usługi należy wskazać, że to sam Zamawiający, któremu składane są dokumenty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był wystawcą listu referencyjnego, dlatego też dokonując oceny złożonych przez konsorcjum dokumentów Zamawiający ocenił je zgodnie ze stanem faktycznym. Zamawiający wyjaśnia treści złożonych dokumentów, jednakże w tej konkretnej sytuacji, jako podmiot wystawiający list referencyjny Zamawiający nie zwracał się do konsorcjum o wyjaśnienia lecz ocenił go uwzględniając wiedzę, którą dysponuje. Zwrócenie się Zamawiającego do konsorcjum o wyjaśnienie treści listu referencyjnego z 4 maja 2010 roku prowadziłoby w tym przypadku do zwrotnego zapytania do Zamawiającego oraz złożenie uzyskanych wyjaśnień temu samemu Zamawiającemu. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X/Ga 23/07/za wskazał, iż „*Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)*”. Jednocześnie należy mieć na uwadze fakt, że z oświadczenia złożonego na stronie 26 oferty wynika okres realizacji usługi nadzoru nad robotami budowlanymi a to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania tego, że usługa nie była realizowana w danym, oświadczonym czasie. Ograniczenie się Odwołującego jedynie do wskazania, że inna data jest w oświadczeniu a inna data w liście referencyjnym nie może być uznane za wystarczającą argumentację, istotne jest, że umowy te są jawne a informacja o terminach ich realizacji powszechnie dostępna, co sam Odwołujący pośrednio przyznał, wskazując, że umowy te zostały zawarte w wyniku przeprowadzenia procedur zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych dokumentów w świetle zamieszczonego w SIWZ opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co potwierdził również dowód z zeznań świadka, która to świadek potwierdziła, że nadzór nad realizacją projektu był prowadzony od samego początku, od rozpoczęcia prac budowlanych i prac projektowych, aż do momentu zakończenia okresu gwarancji a wszystkie cztery umowy zapewniały ciągłość nadzoru nad robotami budowlanymi, jak również nad całym projektem, a

19

także dowód złożony przez konsorcjum dokument z 19 marca 2010 roku stanowiąc informację o przyjęciu przez Zamawiającego Raportu Końcowego Inżyniera z realizacji nadzoru nad projektem „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”. Izba nie uznała za zasadny również argumentu Odwołującego a odnoszący się do tego, że nie można uznać za jedną usługę realizowanej usługi wykazanej w liście referencyjnym ponieważ, umowa nr 2001/PL/16/P/PT/015-14 *na Kontynuację nadzoru nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”* została zawarta w wyniku przeprowadzenia procedury otwartej (konkurencyjnej) o udzielenie zamówienia oraz, że tą umowę w przeciwieństwie do wcześniejszej (umowy nr 2001 /PL/16/P/PT/015-11 *Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”*) realizowanej przez wykonawców Mott McDonald Limited i KOLPROJEKT Sp. z o.o. realizował tylko Mott McDonald Limited. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wcześniej Zespołów Arbitrów oraz w doktrynie, jednakowo uznaje się, że doświadczenie jakim wykazuje się wykonawca celem spełnienia wymagań

Zamawiającego w zakresie warunku udziału w postępowaniu uzyskać mógł on samodzielnie jak i działając wspólnie z innymi wykonawcami. Doświadczenie jakim wykazuje się konsorcjum w postępowaniu celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogło zostać nabyte przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, przez każdego z nich ale również mogło zostać nabyte przez tego wykonawcę w wyniku realizacji zamówienia wspólnie z innym wykonawcą lub wykonawcami. Sam fakt zawarcia umowy nr 2001/PL/16/P/PT/015-14 *na Kontynuację nadzoru nad robotami w ramach projektu „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”* w wyniku przeprowadzenia procedury konkurencyjnej wskazuje na to, że możliwy był podział przedmiotu zamówienia (przyczyny dokonania podziału zamówienia i prowadzenia postępowania w innym terminie mogą mieć podłoże np. natury ekonomicznej, organizacyjnej i inne) ale nie stanowi dowodu na to, że zrealizowanie umów w przedmiocie nadzoru robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” nie stanowi jednej usługi.

Odnosząc się do drugiej wykazanej zrealizowanej usługi w oświadczeniu na stronie 25 oferty Izba uznała, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W oświadczeniu złożonym na stronie 25 oferty konsorcjum podało w pozycji 1 w kolumnie pierwszej nazwę zamówienia: „Doradztwo techniczne Projektu Linii Kolejowej East London”, o wartości usług (kolumna 2) „209.132.000, - PLN netto” dla przedmiotu wykonanych usług (potwierdzających spełnienie warunku udziału) podanego w kolumnie 3 „Nadzór nad

20

robotami budowlanymi wraz z doradztwem technicznym i wsparciem zamawiającego na etapie projektowania poprzez budowę (odbory techniczne) do przekazania do eksploatacji dla modernizacji i budowy zelektryfikowanej linii kolejowej East London” realizowane w terminach: rozpoczęcie realizacji zamówienia 1 czerwiec 2005 r. zakończenie realizacji zamówienia 23 maj 2010 r. o wartości nadzorowanych robót budowlanych 5.228.300.000, PLN netto na rzecz London Overground Infrastructure Transport for London . Konsorcjum załączyło na okoliczność wykazania należytej realizacji zamówienia „Świadcstwo Zamawiającego” z dnia 11 stycznia 2011 r. wystawione przez London Overground Infrastructure wraz z tłumaczeniem na język polski (str. 29 i 30 oferty) oraz załączone pismo zawierające informację o zakresie projektu i udziale firmy Mott MacDonald w realizacji projektu wraz z tłumaczeniem na język polski (str. 31 i 32 oferty).

Przy uwzględnieniu wcześniej przedstawionej argumentacji Izba wskazuje, że to na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że w ramach realizacji usługi na rzecz London Overground Infrastructure Transport for London w zakresie wykonania usługi „Doradztwo techniczne Projektu Linii Kolejowej East London” nie były realizowane czynności polegające na nadzorze nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji lub budowy linii kolejowej. Konsorcjum oświadczyło, że prowadziło nadzór nad robotami budowlanymi w trakcie realizacji Projektu Linii Kolejowej East London oraz złożyło dokumenty, które treścią swą potwierdzają należyłą realizację usługi, co nie było to kwestionowane przez Odwołującego. Złożony na rozprawie przez Odwołującego dowód, tłumaczenie uwierzytelnione z języka zawartej na str. 29 oferty konsorcjum referencji nie wykazało, że w ramach realizowanej umowy nie były wykonywane nadzory nad robotami budowlanymi. Podkreślenia wymaga ponownie, że referencja stanowi dokument wystawiany przez podmiot trzeci i treść tego dokumentu kreowana jest przez wystawcę tego dokumentu. W związku z brakiem wykazania przez Odwołującego nierealizowania w ramach wymienionego wyżej kontraktu nadzorów nad robotami budowlanymi Izba uznała, że zarzuty Odwołującego dotyczące wykonania usługi „Doradztwo techniczne Projektu Linii Kolejowej East London” nie potwierdziły się.

Reasumując, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania, mimo, że konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu 2:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy –

złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania z uwagi na zaniechanie wykluczenia konsorcjum, mimo złożenia nieprawdziwych informacji mające wpływ na wynik postępowania. W świetle rozpoznania przez Izbę zarzutu 1, który Izba uznała za niezasadny a który jest ściśle powiązany z zarzutem 2, Izba uznała, że zarzut 2 stał się bezzasadny.

W zakresie zarzutu 3:

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą* – z uwagi na zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania, z powodu nie wniesienia w prawidłowy sposób wadium do upływu terminu składania ofert, gdyż złożona gwarancja przetargowa nr TEB 1256/12 w sposób wadliwy, niezgodny z art. 46 ust. 5 ustawy określa warunki skorzystania z niej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w ofercie konsorcjum na stronie 85 znajduje się Gwarancja Przetargowa nr TEB 1256/12 (dalej: gwarancja) wystawiona w Warszawie dnia 18 września 2012 roku przez HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. W gwarancji tej wskazano, że HSBC Bank Polska S.A. zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków pranych oferty konsorcjum do zapłacenia każdej kwoty do wysokości 250 000,00 PLN na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, należycie podpisane, zawierające oświadczenie, że : „nie wywiązała się z któregośkolwiek zobowiązania wynikającego z art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. tj. z przyczyn leżących po jej stronie nie złożyła, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 cyt. ustawy, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 cyt. ustawy, lub pełnomocnictw, a także będąc poinformowana o wyborze jej oferty w okresie jej ważności:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- b) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Odwolujący podniósł, że zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy brak jest dla zatrzymania wadium warunku „bycia poinformowanym o wyborze oferty w okresie jej ważności”. Kwestionowaną

w treści gwarancji przez Odwołującego jest treść: „będąc poinformowanym o wyborze jej oferty w okresie jej ważności”.

Izba w pełni podzieliła i przyjęła za własny pogląd reprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10 lipca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 703/10, KIO/UZP 709/10, że: „Istotą gwarancji bankowej jest przyjęcie przez gwaranta – bank obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie, w sytuacji zaistnienia okoliczności podanych w treści gwarancji, stosownie do których Zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. W doktrynie przyjmuje się, że zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, charakteryzująca się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 1993 r. sygn. akt III CZP 16/93 (OSNCP z.10, poz. 166), do minimalnej treści jaką winna zawierać gwarancja należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy,” „nieodwołalny,” a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie.” Elementy

te zapewniają Zamawiającemu uzyskanie od banku – gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty.”

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że gwarancja zawiera wszystkie wyżej wymienione minimalne elementy - ma charakter nieodwołalny, bezwarunkowy i jest gwarancją płatną na pierwsze pisemne żądanie, co wynika wprost z jej treści.

Odwołujący argumentował, że złożoną gwarancję „należy uznać za niezabezpieczającą interesy Zamawiającego, wobec sformułowania w istocie dodatkowego, pozaprawnego, subiektywnego warunku wypłaty kwoty gwarancji w postaci „bycia poinformowanym o wyborze oferty w okresie jej ważności”. W ocenie Izby w świetle jasnego określenia w treści gwarancji, że ma ona charakter bezwarunkowy, nie można zgodzić się z Odwołującym, że użyte w treści gwarancji sformułowanie skutkuje nie zabezpieczeniem Zamawiającego przy uwzględnieniu faktu, że zostały wymienione w gwarancji przesłanki zatrzymania wadium. Należy zaznaczyć, że do zapłaty sumy gwarancyjnej wystarczy złożenie samego oświadczenia przez Zamawiającego, że wykonawca, będąc poinformowanym o wyborze jego oferty w okresie jej ważności: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się

23

niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący nie wskazał w treści gwarancji bankowej regulacji, które podważyłyby bezwarunkowość tejże gwarancji. Wbrew jego twierdzeniom za takie, nie można uznać formalnych wymogów odnoszących się do sposobu przekazania pisemnego żądania zapłaty. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż złożona przez konsorcjum gwarancja pozbawia Zamawiającego prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez Bank.

Reasumując, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z powodu zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania, z powodu nie wniesienia w prawidłowy sposób wadium do upływu terminu składania ofert, nie potwierdził się. W zakresie zarzutu 4.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 23 ust. 4 ustawy - *Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców* oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert z uwagi na argumentowaną w zarzutach 1, 2, i 3 podstawę wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 ustawy – Izba uznała za bezzasadny w świetle nieuwzględnienia zarzutów 1 i 3 uzasadnionych powyżej oraz bezzasadności zarzutu 2.*

W zakresie zarzutu 5.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2,3 i 4 ustawy w zw. z art. 23 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami* - w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* z uwagi na to, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy przez wybór oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, mimo, iż konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania a złożona oferta winna zostać odrzucona, względnie uznana za odrzuconą przez Zamawiającego. Dokonując oceny tego zarzutu należy wskazać, że Odwołujący skumulował w treści tego zarzutu cztery powyżej rozpoznawane zarzuty i dodatkowo nawiązał do zasad prawa zamówień publicznych oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Uwzględniając, że Izba nie uznała argumentacji podniesionej przez Odwołującego w zakresie zarzutu 1 i 3 co uzasadniania

24

powyżej i w konsekwencji uznania za bezzasadne rozpoznanych powyżej zarzutów 4 i 2 Izba

uznała, że zarzut 5 jest bezzasadny w obliczy powyższych rozstrzygnięć.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). To na Odwołującym, który twierdził, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania konsorcjum, ciążył obowiązek wykazania niewykazania spełnienia przez konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia – Odwołujący ograniczył swoją argumentację jedynie do wykazania, że treść złożonego oświadczenia nie znajduje potwierdzenia w dokumentach złożonych na okoliczność wykazania należytej realizacji usługi (referencjach) z czego również uczynił zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego co zostało wykazane w uzasadnieniu rozpoznania poszczególnych zarzutów, jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący do czasu zamknięcia rozprawy mógł składać dowody, które by potwierdziły stanowisko Odwołującego, czego nie uczynił.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3

25

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

26