

WYROK
z dnia 21 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 maja 2008r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mott MacDonald Limited, St. Anne House, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey CR 9 2UL, Wielka Brytania** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia 24.04.2008r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Mott MacDonald Limited, St. Anne House, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey CR 9 2UL, Wielka Brytania
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mott MacDonald Limited, St. Anne House, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey CR 9 2UL, Wielka Brytania,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów

7

własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mott MacDonald Limited, St. Anne House, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey CR 9 2UL, Wielka Brytania.**

Uzasadnienie

W dniu 11.03.2008r., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Kontynuacja nadzoru nad robotami w ramach projektu ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PT/015 „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

W dniu 17.04.2008r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, przeprowadzonej na podstawie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wnioski zostały złożone przez:

1. **Mott MacDonald Limited, St. Anne House, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey CR 9 2UL, Wielka Brytania** (dalej Odwołujący),
2. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Firmę Menadżersko-Konsultingową Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Macieja Rataja 15b oraz Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych EXPOL SA, 20-270 Lublin, ul. Macieja Rataja 15b (dalej: Konsorcjum Kolmen).

Zamawiający ocenił, że warunki udziału w postępowaniu spełniają obaj wykonawcy.

W dniu 24.04.2008r. Odwołujący wniósł protest, podnosząc wobec Zamawiającego zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu, a mianowicie:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych) poprzez zaniechanie wykluczenia z niniejszego postępowania Konsorcjum Kolmen jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- 2) naruszenie art. 51 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaproszenie do złożenia oferty Konsorcjum Kolmen, mimo iż nie spełnia ono warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, jeden z uczestników Konsorcjum Kolmen co prawda wykonywał usługi rodzajowo podobne do usług wymaganych przez Zamawiającego, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, jednak nie była to usługa o wymaganej wartości.

2

W proteście podnoszono również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z brakiem wykazania się przez Konsorcjum Kolmen innego warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu osobami o odpowiednim doświadczeniu zawodowym, lecz tego zarzutu nie podtrzymano w odwołaniu.

Zamawiający protest oddalił, argumentując, iż Odwołujący nie wykazał dowodów na poparcie swoich twierdzeń; w związku z takim rozstrzygnięciem – Odwołujący w dniu 5 maja br. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający określił w ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu (posiadanie doświadczenia zawodowego) w sposób następujący:

„wykonania lub wykonywania w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 EUR (netto) polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie przebudowy (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 20 000 000,00 EUR (netto)”

Konsorcjum Kolmen ujęło w wykazie usług, załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, usługę pod nazwą „Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” określając jej wartość na 25 328 11,27 EUR, potwierdzoną referencjami wystawionymi przez PKP PLK SA.

Mott MacDonald Limited stwierdził, iż uczestnik Konsorcjum Kolmen – Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o. wykonywała usługę umieszczoną w wykazie tylko do 01.04.2007r., jako podwykonawca Mott MacDonald Limited i Kolprojekt sp. z o.o., ponieważ wg postanowień umowy na wykonywanie ww usługi (zawartej pomiędzy PKP PLK a Mott MacDonald Limited i Centralnym Biurem Projektowo-Badawczym Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o.), wartość prac wykonywanych przez podwykonawcę nie mogła przekroczyć 30% wartości kontraktu, i tyle wynosiła wartość prac odebranych do 01.04.2007r.

3

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący nie wykazał, że uczestnik Konsorcjum Kolmen – Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o. nie świadczył usługi odpowiadającej rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Odwołujący, za pomocą pism i oświadczeń, wykazał następujące okoliczności:

1. Pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w Firmie Menadżersko-Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o., obecnie zatrudnieni są na podstawie umowy o dzieło w Kolprojekt sp. z o.o., świadczącej wraz z Odwołującym, do chwili obecnej

„Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” na rzecz PKP PLK SA (potwierdzają ten fakt listy obecności pracowników załączone do pisma z dn. 19.05.2008., złożonego na rozprawie).

2. Oprócz referencji wystawionej przez PKP PLK SA, załączonej do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Konsorcjum Kolmen załączyło do swojego protestu referencje wystawione przez Kolprojekt Sp. z o.o. (w aktach sprawy UZP/KIO 443/08). Odwołujący nie udzielił zgody na wystawienie przez Kolprojekt Sp. z o.o. referencji Firmie Menadżersko-Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o. (potwierdza ten fakt oświadczenie Odwołującego).
3. Umowa na wykonanie usługi „Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” na rzecz PKP PLK SA zawarta pomiędzy PKP PLK SA jako zamawiającym, a Odwołującym i Kolprojekt Sp. z o.o. jako wykonawcami, dopuszczała wykonanie części usługi za pomocą podwykonawców, lecz nie większej, niż 30% wartości usługi (potwierdza to tekst umowy na świadczenie ww usługi, załączony do odwołania).

Okoliczności udowodnione przez Odwołującego nie wskazują jednak, że Konsorcjum Kolmen (bądź jego uczestnik) nie wykonał usługi, opisanej przez Zamawiającego w ogłoszeniu, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu.

Fakt zatrudnienia (przy czym forma zatrudnienia nie ma tu żadnego znaczenia) pracowników Firmy Menadżersko-Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o. w Kolprojekt Sp. z o.o. nie świadczy o wykluczeniu możliwości wykonywania usługi przez Kolmen Sp. z o.o. W związku z tym skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej postanowił, że nie zaistniała potrzeba przeprowadzenia dowodu w postaci przesłuchania świadka Pana Romana Ś., zawnioskowanego w piśmie z dn. 16 maja br. na okoliczność charakteru umowy o podwykonawstwo zawartej pomiędzy KOLPROJEKT Sp. z o.o. a Kolmen Sp. z o.o. Odwołujący twierdzi, że nie „autoryzował” dokumentu wystawionego Firmie Menadżersko-Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o. przez Kolprojekt Sp. z o.o., jednak wystawienie referencji (dokumentu, poświadczającego wykonanie usługi w sposób należyty) jest oświadczeniem

4

wiedzy, a nie woli, i nie jest do jego wystawienia konieczne żadne upoważnienie; brak podporządkowania się Kolprojekt Sp. z o.o. oczekiwaniom Odwołującego w tym zakresie jest sprawą wyłącznie pomiędzy nimi. Treść referencji wystawionej przez Kolprojekt Sp. z o.o. (załączona dodatkowo przez Konsorcjum Kolmen, nie na wezwanie Zamawiającego) koresponduje z treścią referencji wystawionej przez PKP PLK SA.

Odwołujący głównie skupił się na dowodzeniu, że skoro zgodnie z umową na „Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” podwykonawca mógł wykonać tylko 30% wartości usługi tejże usługi, to po przekroczeniu określonego procentowo limitu, z dniem 30.04.2007r., Kolmen Sp. z o.o. zaprzestała wykonywania tej usługi. Jednak po pierwsze, nie wykazał żadnego dowodu, że umowa uległa zakończeniu (a z jej treści nie wynika termin jej zakończenia) - jako dowód, w odpowiedzi na pytanie członka składu, na rozprawie wskazał pismo z dn. 21.05.2007r. skierowane do Pana Romana D., załącznik nr 3 do protestu, z którego nie wynika, że usługa nie jest nadal świadczona. Ewentualne niezastosowanie się wykonawców umowy „Nadzór robót we wszystkich kontraktach na roboty budowlane w projekcie „Poprawa stanu infrastruktury kolejowej w Polsce” do wartościowego limitu ograniczającego wykonywanie usługi za pomocą podwykonawców, nie determinuje niemożliwości faktycznego ich świadczenia, a jedynie skutkowałoby ewentualną odpowiedzialnością wobec zamawiającego. Po drugie, oczywiste jest, że wartość usługi nadzoru nie musi być w każdych okolicznościach wprost proporcjonalna do wartości robót wykonywanych pod tym nadzorem. Po trzecie, nawet gdyby zaakceptować argumentację Odwołującego, odnoszącą się do twierdzeń, iż Kolmen Sp. z o.o. zaprzestał z dniem 01.04.2007r. świadczenia usługi, nie wykazał on w sposób wiarygodny, jaka była wartość robót wykonana pod nadzorem Kolmen Sp. z o.o.

Niezależnie od powyższych okoliczności zauważyć należy, iż sposób, w jaki Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu

doświadczenia zawodowego, nie musi przesądzać o konieczności wykazania się nadzorem nad robotami o wartości co najmniej 20 000 000 EUR, którego zakończenie musiało nastąpić wraz z końcowym odbiorem robót o wskazanej wartości. Zamawiający w ogłoszeniu wskazał, że usługa nadzoru ma „dotyczyć” robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 20 000 000,00 EUR. Takie sformułowanie pozwala na dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotu, który spełnił dwa warunki:

- 1) wykonał usługę nadzoru o wartości 1 000 000 EUR,
- 2) nadzór ten dotyczył robót o wartości co najmniej 20 000 000 EUR.

5

Opisanie w powyższy sposób usługi podobnej do przedmiotu zamówienia rodzajowo i wartościowo pozwala na dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotu, który był zaangażowany w nadzór nad robotami o wartości 20 000 000 EUR, i wartość świadczonej usługi wyniosła co najmniej 1 000 000 EUR. Jednak spełnienie tak postawionego warunku nie musi być równoznaczne z uznaniem, iż wykonawca musiał wykazać, że w związku ze świadczeniem usługi nadzoru wykonano i odebrano roboty o wartości nie mniej niż 20 000 000 EUR. Dowodzenie takiej okoliczności mogłoby być znacznie utrudnione w wypadku, kiedy był podwykonawcą i pełnił tylko niektóre funkcje nadzorcze, co niekoniecznie musi mieć bezpośrednie (proporcjonalne) przełożenie na ilość odebranych robót. Już sam fakt zaangażowania Wykonawcy do nadzoru o wartości co najmniej 1 000 000 EUR nad robotami o wartości 20 000 000 EUR świadczyłby w takim wypadku o spełnieniu warunku postawionego przez Zamawiającego.

Zwrócić należy również uwagę na fakt, że par. 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia 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. z dnia 24 maja 2006 r.) pozwala na żądanie wykazu usług odpowiadających swoim tylko rodzajem (w niniejszym przypadku: nadzór nad robotami budowlanymi związanymi z infrastrukturą kolejową) i wartością (w niniejszym przypadku: 1 000 000 EUR) usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Powyższa konstatacja potwierdza tezę o pomocniczym charakterze określenia przez Zamawiającego żądanej wartości robót, nad którymi wykonawca sprawował nadzór.

Reasumując, wobec okoliczności, że Odwołujący nie wykazał, iż Konsorcjum Kolmen nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz art. 51 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

6

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

7