

WYROK

z dnia 12 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez wykonawcę: „**Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy**” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13 – od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, 10-602, ul. Pstrowskiego 28b**

przy udziale wykonawcy: **Lafrentz Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert, a także wykluczenie z postępowania wykonawcy Lafrentz Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr**

1

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „**Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy**” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie** na rzecz „**Zakładów Budownictwa Mostowego – Inwestora Zastępczego**” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zarządzanie i nadzór nad realizacją Projektu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg-Tolkicko-Pogrodzie* (Nr sprawy: ZDW-NZP/3220/24/2011).

17 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – „Zakładom Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy” spółce z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lafrentz Polska spółkę z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej zwaną również w skrócie „Lafrentz”).

27 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności Zamawiającego obejmujących:

1. Badanie i ocenę ofert, w tym badanie spełniania warunków udziału i ocenę oferty Lafrentz.
2. Wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lafrentz, pomimo zachodzących przesłanek uzasadniających wykluczenie Lafrentz z postępowania, względnie odrzucenie oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie jego zastosowania, mimo że Lafrentz podała nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu obejmującym dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta, tj. Pana Bogumiła M., a obejmujące okres jego doświadczenia na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorze realizacji inwestycji drogowo-mostowych.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez zaniechanie jego zastosowania, mimo że Lafrentz nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do osoby proponowanej na

3

Sygn. akt KIO 1366/11

stanowisko Inspektora ds. rozliczeń i sprawozdawczości, w stosunku do której w treści warunku wymagano wyższego wykształcenia technicznego w specjalności budownictwa lądowego, zaś Lafrentz zaproponowała Pana Antoniego S., który legitymuje się wykształceniem wyższym technicznym w specjalności melioracji wodnych.

3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że Lafrentz wykazała spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej w odniesieniu do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, mając na uwadze, że przedmiot ten obejmuje usługi w zakresie: (1) zarządzania i koordynacji realizacji umowy o roboty budowlane, (2) weryfikacji dokumentacji projektowej, (3) prowadzenia działań informacyjnych i promocyjnych związanych z realizacją umowy o roboty budowlane, (4) świadczenia usług zarządzania, kontroli i nadzoru inwestorskiego nad budową realizowaną w ramach umowy na roboty budowlane, podczas kiedy Lafrentz w ofercie przedstawiła 2 polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z których: (1) w pierwszej przedmiot ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność cywilną z tytułu wykonywania zawodu a zakres odnosi się do odpowiedzialności zawodowej cywilnej w zakresie wykonywania wyłącznie zawodu projektanta, (2) w drugiej przedmiot ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność cywilną deliktowo-kontraktową za szkody rzeczowe i osobowe w związku z posiadanym mieniem i prowadzoną działalnością biurową, a z ostrożności procesowej, także przez przyjęcie, że Lafrentz wykazała spełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, mając na uwadze, że przedstawione polisy nie zostały opłacone na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, bowiem termin płatności I raty składek upływał w dniu 10 kwietnia 2011 r.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenie oferty, mimo że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie: „s.i.w.z.” lub SIWZ), w związku z tym, iż Wykonawca nie uwzględnił zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do s.i.w.z., pomijając w swojej ofercie wycenę kosztów nadzoru autorskiego w czasie prowadzenia robót budowlanych dla 15 pobyków takiej osoby, w tym kosztów pracy projektanta i kosztów dojazdów, jak i też zmieniając sposób rozliczeń dla tej części prac proponując kwotę należną mu z tytułu tych prac, jako wynagrodzenie ryczałtowe.
5. Art. 87 ust. 1, poprzez wezwanie Lafrentz do zmiany treści oferty pod pozorem udzielenia wyjaśnień treści oferty pismem z 8 czerwca 2011 r., a dalej umożliwienie Lafrentz dokonanie zmiany treści oferty pismem z 13 czerwca 2011 r.

4

Sygn. akt KIO 1366/11

6. Art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert.
2. Unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lafrentz.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ich wyniku wykluczenie Lafrentz z postępowania, względnie odrzucenie oferty złożonej przez Lafrentz.
4. Powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nadto wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[zarzut I]

W odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta, Zamawiający postanowił, m.in. że: *Osoba powinna legitymować się co najmniej 5-letnim doświadczeniem na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo-mostowych...*). Na potwierdzenie spełniania tego warunku Lafrentz przedstawiła w ofercie wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, proponując na stanowisko Inżyniera Rezydenta osobę Pana Bogumiła M. i wykazując jego łączne doświadczenie na stanowiskach kierowniczych w liczbie 7 lat, w tym:

- w poz. 1 wykazu – 9 miesięcy na stanowisku Zastępcy Inżyniera Rezydenta / Inspektora nadzoru robót drogowych w ramach zamówienia pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Opoczno w ciągu drogi krajowej nr 12;*
- w poz. 2 wykazu – 21 miesięcy na stanowisku Zastępcy Inżyniera Rezydenta / Głównego Inspektora nadzoru robót drogowych w ramach zamówienia pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej nr 78.*

W ocenie Odwołującego powyższe dane dotyczące osoby proponowanej na stanowiska Inżyniera Rezydenta, tj. Pana Bogumiła M., są niezgodne z prawdą w świetle postanowień s.i.w.z., na podstawie których w tych postępowaniach Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej zwana w skrócie „GDDKiA”) udzieliła zamówień. W obu tych postępowaniach, a dalej realizowanych umowach, nie przewidziano stanowisk Zastępcy Inżyniera Rezydenta. Nie sposób też wywieść w tych przypadkach doświadczenia na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji

5

Sygn. akt KIO 1366/11

inwestycji drogowo-mostowych z faktu zajmowania przez Pana Bogumiła M. stanowisk, które zostały podane, jako kolejne zajmowane przez tę osobę, tj. Inspektora nadzoru robót drogowych oraz Głównego Inspektora nadzoru robót drogowych. W strukturach organizacyjnych przewidzianych przez zamawiającego (GDDKiA) dla obu tych postępowań funkcje kierownicze pełniły bowiem wyłącznie osoby na stanowiskach Inżyniera Kontraktu. Lafrentz winna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp,

gdyż podała nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia zawodowego Pana Bogumiła M. Informacje należy także uznać za mające istotny wpływ na wynik postępowania bowiem nie uwzględniając tych zamówień Lafrentz wykazała jedynie 3 lata i 10 miesięcy doświadczenia dla osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo-mostowych.

[zarzut II]

W odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń i sprawozdawczości Zamawiający postanowił, m.in., że osoba taka winna się legitymować: *Wykształceniem wyższym technicznym (budownictwo lądowe) lub średnim technicznym (komunikacja, budownictwo)*. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Lafrentz przedstawiła w ofercie wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia proponując na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń i sprawozdawczości osobę Pana Antoniego S. oraz wykazując, iż uzyskał on tytuł zawodowy magistra inżyniera melioracji wodnych.

Mając na uwadze, iż w treści s.i.w.z. wprost została zastrzeżona dziedzina specjalności wykształcenia wyższego technicznego, tj. budownictwo lądowe, nie sposób przyjąć, że osoba legitymująca się wykształceniem wyższym technicznym w specjalności melioracji wodnych tak określony warunek spełnia. W tym zakresie mamy bowiem do czynienia z dwiema odrębnymi specjalnościami, w których kształcenie odbywa się (jak i też odbywało się w okresie, w jakim Pan Antoni S. uzyskał wyższe wykształcenie techniczne) na uczelniach wyższych w ramach odrębnych kierunków studiów na odrębnych wydziałach, tj. budownictwa (uprzednio budownictwa lądowego) – w przypadku specjalizacji budownictwo lądowe oraz inżynierii środowiska (uprzednio melioracji wodnych) – w przypadku melioracji wodnych. Utożsamianie powyższych specjalizacji jest też o tyle niezrozumiałe, że inżynieria środowiska i budownictwo stanowią i stanowią odrębne dyscypliny naukowe. Lafrentz winna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, bowiem nie wykazała, iż dysponuje osobą na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń i sprawozdawczości

6

Sygn. akt KIO 1366/11

spełniającej warunek określony dla specjalizacji wyższego wykształcenia technicznego.

[zarzut III]

W myśli postanowień s.i.w.z. wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie winni wykazać się, iż posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 1,5 mln złotych. Mając na uwadze, że przedmiot tego zamówienia zgodnie z opisem ujętym w Rozdziale III s.i.w.z. obejmuje usługi w zakresie: (1) zarządzania i koordynacji realizacji umowy o roboty budowlane, (2) weryfikacji dokumentacji projektowej, (3) prowadzenia działań informacyjnych i promocyjnych związanych z realizacją umowy o roboty budowlane, (4) świadczenia usług zarządzania, kontroli i nadzoru inwestorskiego nad budową realizowaną w ramach umowy na roboty budowlane – ocena w tym zakresie powinna zostać dokonana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających wpływ na stwierdzenie spełniania tego warunku, nie zaś dowolnie, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że Lafrentz w ofercie przedstawiła 2 polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z których: (1) pierwsza swoim przedmiotem ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność cywilną z tytułu wykonywania zawodu projektanta, (2) druga swoim przedmiotem ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność cywilną deliktowo-kontraktową za szkody rzeczowe i osobowe w związku z posiadanym mieniem i prowadzoną działalnością biurową. Śadna zaś z ich nie obejmuje swoim zakresem usług świadczonych przez osoby wykonujące samodzielne funkcje w budownictwie w zakresie nadzoru inwestorskiego, a które to usługi stanowią podstawę niniejszego zamówienia.

Niezależnie od powyższego, należy też wskazać, że podstawą przyjęcia w ogóle, iż Wykonawca spełnia ten warunek jest polisa opłacona. Tymczasem umowy ubezpieczenia potwierdzone polisami przedstawionymi przez Lafrentz z siedzibą w Poznaniu nie wskazują na fakt, iż zostały opłacone. Brak też jest innego dokumentu, który tą okoliczność mógłby potwierdzić. Co więcej, termin płatności I rat składek z tytułu tych umów ubezpieczenia przypadał po dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, zatem na ten dzień

Lafrentz nie mogła się legitymować spełnieniem niniejszego warunku.

Również z tego względu Lafrentz winna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, bowiem nie wykazała, iż posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 1,5 mln złotych, jak i też z tego względu, że przedstawione polisy nie mogły zostać uznane za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

7

Sygn. akt KIO 1366/11

[zarzut IV i V]

W myśl s.i.w.z. wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni byli przedstawić m.in. koszty nadzoru autorskiego w czasie prowadzenia robót budowlanych dla 15 pobyków takiej osoby, w tym kosztów pracy projektanta i kosztów dojazdów wskazując na cenę jednostkową pobytu oraz w rozbiciu na koszt pracy projektanta i koszt jego dojazdu. W powyższym zakresie Lafrentz przedstawiła ofertę której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z., gdyż Wykonawca ten nie uwzględnił zmian s.i.w.z. wprowadzonych przez Zamawiającego pomijając w swojej ofercie wycenę kosztów nadzoru autorskiego w czasie prowadzenia robót budowlanych, jak i też zmieniając sposób rozliczeń dla tej części prac – proponując kwotę należną mu z tytułu tych prac jako wynagrodzenie ryczałtowo bez uwzględnienia liczby pobyków i bez sprecyzowania kosztów pracy projektanta i kosztów jego dojazdu.

Mając na uwadze treść pisma z dnia 8 czerwca 2011 r., sprzeczność oferty Lafrentz s.i.w.z., nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Wskazał w jego treści, iż oferta Lafrentz była obciążona błędem, którego nie był w stanie sam poprawić. Co więcej, zastrzegając możliwość odrzucenia oferty z uwagi na sprzeczność udzielonych wyjaśnień z postanowieniami s.i.w.z., jednoznacznie też wskazał, że istnieje kilka możliwych sposobów poprawienia jej treści i nie są one oczywiste. Zamawiający uznał jednak, iż powyższe może być przedmiotem negocjacji z Wykonawcą podjętych pod pozorem wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ust. 1 pzp, a uwzględniając zaś oświadczenie Lafrentz z dnia 13 czerwca 2011 r., umożliwił zmianę w powyższym zakresie treści oferty tego Wykonawcy. Oferta Lafrentz Polska sp. z o.o. jest sprzeczna z treścią s.i.w.z. i wady tej nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pzp, stąd winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp..

[zarzut VI]

Naruszenia przepisów ustawy ujęte w pkt 1-5 skutkują też naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ujętej w art. 7 pzp.

1 lipca 2011 r. (pismem z 30 czerwca 2011 r.) Lafrentz Polska spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu – zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie (liczonym od wezwania Zamawiającego z 28 czerwca 2011 r.) i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie

8

Sygn. akt KIO 1366/11

stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł na piśmie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych a wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie złożonych na

posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę. Odwołujący podtrzymał w jej toku wniesione odwołanie, z wyjątkiem tego, iż w zakresie zarzutu niewykazania przez Przystępującego, iż posiada wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 1,5 mln złotych – wobec złożenia przez Przystępującego na rozprawie *Warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania zawodu* TUIR Allianz Polska S.A. wraz z Załącznikiem nr 1, z którego wynika, iż Klauzula nr 5 szczególnych warunków ubezpieczenia OC z tytułu wykonywania zawodu (włączenie OC projektanta), wskazana w treści załączonej do oferty polisy nr 406-11-430-05879984, obejmuje również zakresem ochrony ubezpieczeniowej wykonywanie nadzoru inwestorskiego – Odwołujący wycofał się z argumentacji opartej na niewłaściwym zakresie umów ubezpieczenia potwierdzonych załączonymi do oferty polisami. Z kolei Zamawiający nie uznał zasadności zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego braku wykazania, iż Przystępujący dysponuje osobą na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń i sprawozdawczości posiadającą wymagane wykształcenie. Natomiast Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z treścią pisma procesowego, które złożył na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 lutego 2011 r. pod nr 2011/S_25-040283, z tym że 3 lutego 2011 r. ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w swojej siedzibie oraz na swojej stronie

9

Sygn. akt KIO 1366/11

internetowej (www.zdw.olsztyn.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.100.000,00 zł, co stanowi równowartość 547.017,45 euro.

Spośród ofert nieodrzuconych Odwołujący złożył ofertę z drugą w kolejności ceną po ofercie Przystępującego, przy czym z postanowień pkt. 13 Rozdziału I s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Ustalono następujące brzmienie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (s.i.w.z.) obowiązującej w postępowaniu.

Rozdział I *Instrukcja dla Wykonawców i formularze załączników*

W pkt. 5 *Warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy*, w pkt. 2 *Warunki szczegółowe*:

W ppkt. 1 *Potencjał ekonomiczno-finansowy*, lit. c wskazano, iż *Wykonawca musi wykazać między innymi posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 1.5 mln PLN*.

W ppkt. 2 *Potencjał kadrowy* wskazano na wstępie, iż *Wykonawca musi wykazać, że będzie dysponował osobami, zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej. Osoby wskazane przez Wykonawcę muszą posiadać kwalifikacje i doświadczenie zawodowe nie mniejsze niż określone poniżej*. Następnie jako *kluczowych ekspertów* wskazano między innymi *Inżyniera Rezydenta i Inspektora ds. Rozliczeń i sprawozdawczości* – określając dla każdego z nich następujące kwalifikacje, doświadczenie i umiejętności.

Inżynier Rezydent – Wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, zaświadczenie o przynależności do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (lub równoważny dokument w przypadku wykonawcy posiadającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej) oraz posiadanie znajomości Warunków Kontraktowych FIDIC i przepisów o zamówieniach publicznych. Osoba winna posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo-mostowych, przy czym co najmniej jeden kontrakt zakończony i rozliczony (doprowadzony do wystawienia Świadectwa Przejęcia) przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie, o wartości robót netto co najmniej 50,0 mln PLN. Co najmniej 1 rok z powyższego doświadczenia dotyczyć musi projektów inwestycyjnych wg uznanych międzynarodowych standardów budowlanych typu FIDIC, NEC/ECC – na stanowiskach Inżyniera, Inżyniera

Sygn. akt KIO 1366/11

Rezydenta lub Z-cy Inżyniera Rezydenta.

Inspektor ds. Rozliczeń i sprawozdawczości – Wykształcenie wyższe techniczne (budownictwo lądowe) lub średnie techniczne (komunikacja, budownictwo). Osoba winna posiadać co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w obmiarach i wycenie robót budowlanych, przygotowaniu / rozpatrywaniu roszczeń, rozliczaniu robót w kontraktach na wykonanie robót wg warunków FIDIC lub innych uznanych międzynarodowych standardów kontraktów obmiarowych. Co najmniej 2 lata z powyższego doświadczenia obejmować ma pracę na stanowisku samodzielnego Inspektora ds. rozliczeń (Quantity Surveyor) lub równoważnym, w tym: - przy rozliczaniu co najmniej jednego kontraktu drogowo-mostowego o wartości netto robót co najmniej 30,0 mln PLN, - doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejścia przynajmniej jednego kontraktu wg warunków FIDIC.

W pkt. 6 Dokumenty wymagane dla potwierdzenia warunków, jakie muszą spełniać Wykonawcy w pkt. 2 określono, iż na potwierdzenie spełniania warunków szczegółowych opisanych w pkt. 5.2 niniejszej Instrukcji dla Wykonawców, winni oni przedłożyć następujące dokumenty, wśród których między innymi wymieniono:

W ppkt. 3 – opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia.

W ppkt. 4 – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”), na formularzu zgodnym z treścią załączników Nr 4 i 4a do niniejszego Rozdziału, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz musi zawierać dane potwierdzające spełnianie warunku, o którym mowa w pkt. 5.2.2) niniejszej Instrukcji dla Wykonawców.

8 marca 2011 r. w piśmie (znak ZDW-NZP/3220/24/I/1/2011) Odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści s.i.w.z.

Pytanie 3: 1) w związku z wątpliwościami dotyczącymi zapisy pkt. III 2.7.7) SIWZ prosimy o wyjaśnienie kto ma sprawować nadzór autorski Projektant czy Inżynier Kontraktu? 2) Prosimy o informacje czy przedmiotem umowy zawartej pomiędzy Inżynierem Kontraktu a Projektantem, o której mowa w pkt. 4 Formularza cenowego ma być przekazanie przez Projektanta praw do pełnienia nadzoru autorskiego? 3) W związku z wymogiem Zamawiającego podania ceny za prowadzenie nadzoru autorskiego w pkt. 4 Formularza

11

Sygn. akt KIO 1366/11

cenowego, w przypadku jeżeli to Inżynier Kontraktu miałby sprawować nadzór autorski, prosimy o wskazanie Projektanta dokumentacji projektowej przedmiotowej inwestycji, z którym Inżynier Kontraktu ma zawrzeć umowę, o której mowa w pkt. 4 Formularza cenowego, bądź wskazania ceny za prowadzenie nadzoru autorskiego jeśli takowa była wskazana przez Projektanta.

Odpowiedź: Ad1) Nadzór autorski ma sprawować Projektant. Ad2) Przedmiotem umowy zawartej pomiędzy Inżynierem Kontraktu a Projektantem nie jest przekazanie przez Projektanta praw do pełnienia nadzoru autorskiego. Ad3) Obowiązkiem Inżyniera Kontraktu nie będzie sprawowanie nadzoru autorskiego lecz podpisanie stosownej umowy z Projektantem na pełnienie przez niego nadzoru autorskiego. Zamawiający zlecając opracowanie projektu budowlanego oszacował ilość wizyt autora projektu na budowie w ramach pełnienia nadzoru autorskiego na 15 pobyków. Wynagrodzenie za 1 pobyt przedstawiciela Projektanta na budowie nie będzie wyższe niż 1.000,00 PLN netto (w tym koszty dojazdu na budowę) i będzie przedmiotem negocjacji warunków przyszłej umowy na nadzór autorski. Autorem projektu na przedmiotowym zadaniu jest Transprojekt Gdański Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku (kod: 80-254), ul. Partyzantów 72a.

9 marca 2011 r. w pkt. 3 pisma (znak ZDW-NZP/3220/24/I/1/2011) Zawiadomienie o

zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający poinformował o wprowadzeniu następujących zmian:

– w § 5 pkt 3 – zamiast: „3) prowadzenie nadzoru autorskiego w porozumieniu z autorem projektu” – wprowadza się treść: „3) prowadzenie, wg postanowień umowy zawartej między Inżynierem Kontraktu a Projektantem na pełnienie nadzoru autorskiego, ścisłej współpracy z Projektantem w tym zakresie i uzyskiwania od projektanta zgody na zmiany w projekcie budowlanym”

– § 5 pkt 22 – zamiast: „22) aktualizację dokumentacji i formalnych decyzji związanych z realizacją inwestycji w przypadku ich dezaktualizacji w trakcie realizacji inwestycji” – wprowadza się treść: „22) prowadzenie, wg postanowień umowy zawartej między Inżynierem Kontraktu a Projektantem na pełnienie nadzoru autorskiego, ścisłej współpracy z Projektantem w zakresie aktualizacji dokumentacji i formalnych decyzji związanych z realizacją inwestycji w przypadku ich dezaktualizacji w trakcie realizacji inwestycji”.

21 marca 2011 r. pismem (znak ZDW-NZP/3220/24/1/2011) Zawiadomienie o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający poinformował o wprowadzeniu następujących zmian:

Formularz Cenowy II. W okresie podstawowym realizacji kontraktu kol. 2 (wyszczególnienie

12

Sygn. akt KIO 1366/11

elementów) pkt. 4 Nadzór autorski...

Zamiast: „... w czasie prowadzenia robót budowlanych pełniony na mocy odrębnej umowy zawartej pomiędzy Inżynierem Kontraktu a Projektantem”.

Jest: „...w czasie prowadzenia robót budowlanych pełniony na mocy odrębnej umowy zawartej pomiędzy Inżynierem Kontraktu a Projektantem (wykonywanie czynności wynikających z Prawa budowlanego oraz wydawanie opinii w sprawie inwestycji planowanych do wykonania w bezpośrednim sąsiedztwie rozbudowywanej drogi, np. wystąpienia kolizji)”

Formularz Cenowy II. W okresie podstawowym realizacji kontraktu kol. 3 (jedn. miary) wyszczególnienie elementów) pkt. 4 Nadzór autorski...

Zamiast: „ryczałt”

Jest: „pobyt w tym: - koszty pracy projektanta, - koszty dojazdu”

Formularz Cenowy II. W okresie podstawowym realizacji kontraktu kol. 4 (ilość jedn.) pkt. 4 Nadzór autorski...

Zamiast: „1”

Jest: „15” [powtórzone 3 razy]

Jednocześnie Zamawiający załączył zmodyfikowany Formularz Cenowy uwidoczniający wprowadzone zmiany.

28 marca 2011 r. pismem (znak ZDW-NZP/3220/24/1/2011) Zawiadomienie o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający poinformował o wykreśleniu z pkt. 5.2 ppkt. 2 Potencjał kadrowy postanowień dotyczących wymagania dysponowania osobą na stanowisko Inżyniera Kontraktu.

Przystępujący złożył ofertę na formularzach przygotowanych przez Zamawiającego, w szczególności składając:

Wypełniony formularz *Oferta*, w którego treści znalazły się między innymi następujące informacje i oświadczenia:

1. Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami Specyfikacji przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.
3. Oferujemy wykonanie przedmiotu umowy za cenę ryczałtową brutto: „1 446 144,06” PLN

13

Sygn. akt KIO 1366/11

(...), z tego:

- za okres przygotowawczy do realizacji Kontraktu (Etap I i Etap II) ryczałtową cenę brutto „142 992,94” PLN (...)
 - za okres podstawowy realizacji Kontraktu (Etap I i Etap II) ryczałtową cenę brutto „1 295 774,16” PLN (...)
 - za okres usuwania wad i ostatecznego rozliczenia Kontraktu (Etap IV) ryczałtową cenę brutto „7 376,96” PLN(...),
- zgodnie z załączonym do oferty Formularzem Cenowym.

Wypełniony Formularz Cenowy w wersji sprzed zmian z 21 marca 2011 r. , w którym w pkt. II.4 wpisano: [jako Wyszczególnienie elementów] Nadzór autorski w czasie prowadzenia robót budowlanych pełniony na mocy odrębnej umowy zawartej pomiędzy Inżynierem Kontraktu a Projektantem; [jako Jedn. miary] ryczałt; [jako Ilość jedn.] 1; [jako cena jedn. netto PLN] 10 500,00.

Wypełniony formularz Załącznika nr 4 do Rozdziału I Potencjał kadrowy, w którym oświadczył co następuje. Składając ofertę (...) oświadczamy, że do realizacji zamówienia skierujemy na stanowiska wskazane w pkt. 5.2.2) Rozdziału I SIWZ następujące osoby [wpisano w tabeli w układzie kolumn Lp.; Nazwisko i imię; Proponowane stanowisko (funkcja); Doświadczenie zawodowe...]:

1. Bednarczyk Krystyna; Inżynier Kontraktu; doświadczenie zawodowe wg załącznika; (...)
2. Moszyński Bogumił; Inżynier Rezydent; doświadczenie zawodowe wg załącznika; (...)
3. S. Antoni; Inspektor ds. Rozliczeń i sprawozdawczości; doświadczenie zawodowe wg załącznika

Wypełniony formularz Załącznika Nr 4a/2 do Rozdziału I Informacja o kwalifikacjach i doświadczeniu osób wskazanych w Załączniku Nr 4, zawierający między innymi następujące informacje: Składając ofertę (...), przedkładam następujące informacje: 1. Nazwisko: Moszczyński 2. Imiona: Bogumił 3. Wykształcenie: Wyższe Techniczne (...) 4. Przewidywana funkcja: Inżynier Rezydent 5. Wymagane doświadczenie [w tabeli]: [kolumna Wymagane doświadczenie dla danej funkcji] co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo-mostowych, przy czym co najmniej jeden kontrakt zakończony i rozliczony (doprowadzony do wystawienia Świadectwa Przejęcia) przy udziale osoby wykazującej doświadczenie w tym punkcie, o wartości robót netto co najmniej 50,0 mln PLN. Co najmniej 1 rok z powyższego doświadczenia dotyczyć musi projektów inwestycyjnych wg uznanych międzynarodowych standardów budowlanych typu FIDIC, NEC/ECC – na stanowiskach Inżyniera, Inżyniera

14

Sygn. akt KIO 1366/11

Rezydenta lub Z-cy Inżyniera Rezydenta.

[kolumny: Opis zadań potwierdzających spełnienie wymogu; Funkcja i czas trwania od-do w m-cach i latach; Firma – informacje wpisane w dwóch pierwszych wierszach]

- (1) Pełnienie nadzoru na kontrakcie drogowo-mostowym pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Opoczno w ciągu drogi krajowej nr 12” Droga klasy GP. Kontrakt realizowany wg warunków FIDIC
Z-ca Inżyniera Rezydenta / Inspektor nadzoru robót drogowych 07.2010-03.2011
Lafrentz-Polska Sp. z o.o. z Poznania
- (2) Pełnienie nadzoru na kontrakcie drogowo-mostowym pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej nr 78” Droga klasy GP. Kontrakt zakończony i rozliczony (doprowadzony do wystawienia Świadectwa Przejęcia). Wartość robót ok. 152 mln PLN netto. Kontrakt realizowany wg warunków FIDIC
Z-ca Inżyniera Rezydenta / Główny inspektor nadzoru robót drogowych 1.2008-07.2010
Lafrentz-Polska Sp. z o.o. z Poznania

Wypełniony formularz Załącznika Nr 4a/3 do Rozdziału I Informacja o kwalifikacjach i doświadczeniu osób wskazanych w Załączniku Nr 4, zawierający między innymi następujące informacje: Składając ofertę (...), przedkładam następujące informacje: 1. Nazwisko: S. 2. Imiona: Antoni 3. Wykształcenie: Wyższe Techniczne [Instytucja data od- data do] Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie 1962-1967 [Uzyskane stopnie naukowe, tytuły zawodowe i dyplomy] magister inżynier melioracji wodnych 4. Przewidywana funkcja: Inspektor ds. rozliczeń i sprawozdawczości.

Pismem z 8 czerwca 2011 r. Zamawiający skierował do Przystępującego Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty o następującej treści: *Informuję, że w trakcie badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wątpliwości wzbudziła złożona przez Państwa oferta. Na jej zawartość złożył się m. inn. Formularz Cenowy mający charakter informacyjny i pomocniczy w obliczeniu ceny oferty w podziale na poszczególne elementy rozliczeniowe, sporządzony na wzorze sprzed modyfikacji treści SIWZ. W dniu 21.03.2011 r. Zamawiający dokonał zmiany Formularza Cenowego i jego nowy wzór zamieścił na swojej stronie internetowej. Zmiana ta dotyczyła treści pkt. 4 w części II dot. okresu podstawowego realizacji Kontraktu. W pierwszej wersji arkusza (którą tu wykorzystał omyłkowo Wykonawca) jednostkę miary był „pobyt” a ilością „15”. Zamawiający w dniu 21.03.2011 r. rozszerzył w/wym. jednostkę miary o zapisy „w tym: - koszty pracy projektanta, - koszty dojazdu”*,

15

Sygn. akt KIO 1366/11

przypisując im ilości tożsame z ilością „pobytów” (inaczej być nie mogło). Zmiany te, czysto porządkowe i nie mające absolutnie żadnego wpływu na zaoferowaną cenę, miały na celu ułatwienie Zamawiającemu rozliczenie tej pozycji Formularza Cenowego w wewnątrzskładowej klasyfikacji kosztów usługi. W przypadku, gdy wyjaśnienia będą sprzeczne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy (...).

Pismem z 13 czerwca 2011 r. Przystępujący odpowiedział w następujący sposób: *...wyjaśnia, iż na cenę podaną w Formularzu cenowym w pozycji II.4 wskazującą wartość na „Nadzór autorski w czasie prowadzenia robót budowlanych”, obejmującej 15 pobytów o cenie jednostkowej netto 700,00 zł/pobyt i łącznej wartości netto 10 500,00 zł, składa się koszt pracy projektanta o cenie jednostkowej netto 500,00 zł/pobyt i łącznej wartości netto 7 500,00 zł oraz koszt dojazdu o cenie jednostkowej netto 200,00 zł/pobyt i łącznej wartości netto 3 000,00 zł.*

Nasza cena ofertowa została skalkulowana zgodnie z wymogami SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ wprowadzonymi przez Zamawiającego, z którymi się zapoznaliśmy, co potwierdza nasze oświadczenie zawarte w pkt 2 formularza Oferta.

Wobec powyższego należy tutaj podkreślić, że niezgodność oferty z SIWZ, jaka wystąpiła w naszym Formularzu Cenowym, nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a w szczególności zaoferowanie ceny. Nasza oferta uwzględnia odpowiedzi na pytania zawarte w Państwa piśmie nr ZDW-NZP/3220/24/1/2011 z dnia 08.03.2011 r. oraz zmiany treści SIWZ zawarte w Państwa piśmie nr ZDW-NZP/3220/24/1/2011 z dnia 21.03.2011 r.

Upoważniamy niniejszym Zamawiającego do dokonania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (...), poprawy w ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający nie skierował w tej sprawie żadnego pisma przed zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej ofert, w którym również nie poruszał kwestii dotyczącej ewentualnego poprawienia omyłki w treści oferty Przystępującego.

Powyższe, a także pozostałe okoliczności faktyczne, Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu (ze zmianami), s.i.w.z. (ze zmianami i wyjaśnieniami), oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego dotyczącego wezwania do wyjaśnień i przesłanego w odpowiedzi pisma Przystępującego.

16

Sygn. akt KIO 1366/11

Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione oraz omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w szczególności zaś uwzględniła:

- 1) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia z maja 2008 r. dla przeprowadzonego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi przetargu nieograniczonego pn. Zarządzanie kontraktem: „Budowa Obwodnicy Opoczna w ciągu*

drogi krajowej nr 12 na długości około 7,8 km" w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót (na 84 stronach).

- 2) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zatwierdzoną 22 lutego 2010 r. dla przeprowadzonego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach przetargu nieograniczonego pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej nr 78* (na 72 stronach); pismo z 23 marca 2010 r. dotyczącym zmiany treści s.i.w.z. (na 5 stronach); pismo z 23 marca 2010 r. dotyczące odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z. (na 2 stronach).
- 3) Pismo Odwołującego z 28 czerwca 2011 r. wraz z odpowiedzią GDDKiA Oddział w Łodzi z 4 lipca 2011 r. – dotyczące postępowania opisanego w pkt. 1 powyżej (łącznie 2 strony).
- 4) Pismo Odwołującego z 28 czerwca 2011 r. wraz z odpowiedzią GDDKiA Oddział w Katowicach z 29 czerwca 2011 r. dotyczące postępowania opisanego w pkt. 2 powyżej wraz z pismem Odwołującego (łącznie 2 strony).
– złożone na rozprawie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Odwołującego jako dowody na okoliczność, iż Bogusław Moszczyński nie pełnił na tych kontraktach funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta.
- 5) Polisę Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Nr 406-11-430-05879984 wystawioną 31 marca 2011 r. przez TUIR Allianz Polska S.A. (na 2 stronach).
- 6) *Warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania zawodu TUIR Allianz Polska S.A.* wraz z Załącznikiem nr 1 (na 11 stronach).
- 7) Potwierdzenie przelewu datowane na 7 kwietnia 2011 r. z Raiffeisen Bank Polska S.A. dotyczące przelewu kwoty 25080,00 zł z tytułu raty składki dotyczącej polisy OC wskazanej w pkt. 5 powyżej (1 strona)
– złożone na rozprawie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Przystępującego jako dowody na okoliczność spełnienia warunku udziału w

17

Sygn. akt KIO 1366/11

postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego w s.i.w.z. ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

- 8) Oświadczenie Wiesława Z. z 4 lipca 2011 r. dotyczącej realizacji umowy wynikłej z postępowania wskazanego w pkt. 1 (1 strona).
- 9) Oświadczenie Wiesława Z. z 4 lipca 2011 r. dotyczącej realizacji umowy wynikłej z postępowania wskazanego w pkt. 2 (1 strona).
– złożone na rozprawie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Przystępującego jako dowody na okoliczność, iż Bogusław Moszczyński pełnił na tych kontraktach funkcję Zastępcy Inżyniera Rezydenta.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz w złożonym na rozprawie piśmie procesowym, a także wyrażone w ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odzwierciedlone w protokole, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko najtańszej ofercie Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego lub odrzucenia jego oferty i

wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych w toku rozprawy przez Odwołującego i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził,

18

Sygn. akt KIO 1366/11

iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

[Ad. zarzut I]

Dla uwzględnienia odwołania miało już znaczenie uznanie przez Zamawiającego na rozprawie zasadności zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą zdolną do zajmowania stanowiska Inspektora ds. rozliczeń i sprawozdawczości (i.d.w., pkt. 5.2 ppkt 2 Potencjał kadrowy w części dot. Inspektora ds. rozliczeń). Zamawiający przyznał, iż uznał Antoniego S. za odpowiednią osobę na podstawie przedstawionego w wypełnionym przez

Nr 4a/3 do i.d.w. s.i.w.z tej osoby, Przystępującego Załączniku doświadczenia odpowiadającego wymaganemu, natomiast przeoczył, iż wskazane wykształcenie nie odpowiada wymaganemu. W ocenie składu orzekającego Izby, uwzględniając, iż Zamawiający wymagał wykształcenie wyższego technicznego w zakresie budownictwa lądowego lub średniego technicznego w zakresie komunikacji, budownictwa, a Przystępujący wskazał w załączonym do oferty dokumencie, iż Antoni S. jest magistrem inżynierem melioracji wodnych – stanowisko Zamawiającego na rozprawie stanowi przyznanie faktu, niebudzące wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Również Przystępujący nie podważał tej okoliczności, wskazując jedynie, iż Zamawiający winien wezwać go w tej sytuacji do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp złożonych na potwierdzenie tego warunku dokumentów. Zdaniem składu orzekającego Izby przesądza to o zasadności zarzutu Odwołującego, który zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, wskazywał również w uzasadnieniu odwołania na ewentualną konieczność (w razie niezasadności zarzutu opartego na przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp) wezwania Przystępującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

[Ad. zarzut II]

W niniejszej sprawie decydujące znaczenie ma jednak zasadność najdalej idącego zarzutu odwołania, opartego o przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp, co powoduje, iż pomimo niezasadności pozostałych zarzutów nieuznanych przez Zamawiającego, zachodzi konieczność definitywnego wykluczenia Przystępującego z postępowania, bez możliwości uzupełnienia powyżej wskazanego braku w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący udowodnił, iż Przystępujący złożył w wypełnionym przez siebie Załączniku Nr 4a/2 do i.d.w. s.i.w.z., który załączył do swojej oferty w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z

19

Sygn. akt KIO 1366/11

postanowienia i.d.w., pkt. 5.2 ppkt 2 Potencjał kadrowy w części dot. Inżyniera Rezydenta, nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia przewidywanego na tę funkcję Bogumiła M., w zakresie podania funkcji pełnionych przez tę osobę przy dwóch pierwszych zadaniach opisanych dla potwierdzenia nabycia wymaganego doświadczenia na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo-mostowych. W przypadku obu tych zadań obejmujących nadzór inwestorski i zarządzanie budową południowych obwodnic (odpowiednio Opoczna i Siewierza) – Przystępujący oświadczył na piśmie, iż Bogumił Moszczyński pełnił w nich funkcję Zastępcy Inżyniera Rezydenta równolegle z funkcją Inspektora nadzoru robót drogowych. Odwołujący podnosił, iż s.i.w.z. obowiązujące w postępowaniach dotyczących tych zadań nie przewidywały stanowiska Zastępcy Inżyniera Rezydenta, gdyż w obu przypadkach zespół kluczowych specjalistów (ekspertów) obejmował 4 typy stanowisk (funkcji): inżyniera kontraktu,

specjalisty ds. rozliczeń, inspektora nadzoru robót drogowych i inspektora nadzoru robót mostowych. Przystępujący w toku rozprawy okoliczności tej nie zaprzeczał, wskazując jednak, iż Bogumił Moszczyński przy realizacji tych zadań, obok pełnienia podstawowej funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych, uzyskał również wymagane doświadczenie na stanowisku kierowniczym w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorze realizacji tych inwestycji – *na obu budowach wykonując faktycznie czynności kierownicze*. Dalej Przystępujący wskazał w złożonym na rozprawie piśmie procesowym, iż *SIWZ na obu kontraktach nie zakazywała tworzenia dodatkowych stanowisk, w tym w szczególności asystentów czy zastępców dla poszczególnych członków kadry wykonawcy, z którego to uprawnienia skorzystał Lafrentz Polska Sp. z o.o. i ustanowił Pana Bogumiła M. Zastępcą Inżyniera Kontraktu na obydwu budowach, wskazując w ofercie przedmiotowego postępowania jego funkcję na Zastępcę Inżyniera Rezydenta*. Na potwierdzenie swych twierdzeń Przystępujący złożył nadto pisemne oświadczenia datowane na 4 lipca 2011 r. pełniącego w obu zadaniach funkcję Inżyniera Kontraktu Wiesława Z., zawierające jednobrzmiące stwierdzenie, iż *Pan Bogumił Moszczyński pełnił na przedmiotowym kontrakcie funkcję Zastępcy Inżyniera Kontraktu (inaczej Inżyniera Rezydenta) / Głównego Inspektora nadzoru robót drogowych w ramach pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego przez Lafrentz Polska Sp. z o.o. na wskazanym stanowisku*. Wiesław Z. wyjaśnił także w obu oświadczeniach, iż s.i.w.z. *nie przewidywała konieczności zapewnienia sprawowania takiej funkcji jak Zastępca Inżyniera Rezydenta, nie mniej zezwalała a wręcz zobowiązywała wykonawcę, w tym przypadku Lafrentz Polska Sp. z o.o. do zatrudnienia personelu pomocniczego, w celu prawidłowej realizacji zamówienia* [w tym miejscu wskazując

20

Sygn. akt KIO 1366/11

omyłkowo pkt. 4.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia i Art. 13 Warunków Ogólnych Umowy s.i.w.z. dotyczącej Opola i Tom I, pkt 6.2 ust. 3 s.i.w.z. dotyczącej Siewierza, chociaż powinno być odwrotnie – por. poniżej przytoczone i omówione postanowienia obu s.i.w.z.], z której to możliwości Lafrentz Polska Sp. z o.o. skorzystał zatrudniając Pana Bogumiła M. na stanowisku Zastępcy Inżyniera Rezydenta.

Skład orzekający Izby zapoznał się z treścią dotyczących tych postępowań s.i.w.z. na podstawie ich kopii potwierdzonych za zgodność oryginałem przez Odwołującego, których wierność oryginałom nie była podważana przez Zamawiającego i Przystępującego. W s.i.w.z. dotyczącej przetargu nieograniczonego prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Łodzi na Zarządzanie kontraktem: „Budowa obwodnicy Opoczna w ciągu drogi krajowej nr 12 na długości około 7,8 km”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót (znak postępowania 1/01/2010), zatwierdzonej 22 lutego 2010 r., znalazły się następujące postanowienia. W Tomie I *Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami*, w Rozdziale 1: *Instrukcja dla Wykonawców (IDW)*, w pkt. 6 *Warunki udziału w postępowaniu*, w pkt. 6.2 ppkt 3 lit. b określono wymagany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu potencjał kadrowy, w ramach którego wskazano ekspertów kluczowych w ramach 4 stanowisk (Inżynier Kontraktu, Specjalista ds. Rozliczeń, Inspektor Nadzoru Robót Drogowych i Inspektor Nadzoru Robót Mostowych), dla których określono minimalne wymagania oraz personel pomocniczy (typy stanowisk zgodnie z tabelą *Formularza cenowego*: Inspektor ds. Materiałowych, Technolog, Inspektor Nadzoru Robót Wod.-Kan., Inspektor Nadzoru Robót Elektrycznych i Elektroenergetycznych, Inspektor Robót Ogólnobudowlanych, Inspektor Nadzoru robót melioracyjnych, Inspektor Nadzoru ds. Zieleni, Inspektor Nadzoru robót kolejowych, Archeolog, Ekspert ds. ochrony Środowiska i kontaktów ze społecznością lokalną, Geodeta). W odniesieniu do personelu pomocniczego wskazano, iż *w celu realizacji zamówienia Wykonawca zapewni również pozostały personel nie wymieniony jako Ekspersi Kluczowi, a niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia (wg tabeli formularza cenowego) z odpowiednimi uprawnieniami (w przypadku sprawowania samodzielnej funkcji technicznej)*. Nadto na zakończenie całego postanowienia ppkt. 3 dotyczącego potencjału kadrowego, zamawiający zastrzegł, iż *nie dopuszcza przedstawienia tej samej osoby do pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych powyżej*. W Tomie III *Opis przedmiotu zamówienia*, w pkt. 1.1 *Przedmiot zamówienia* w trzecim akapicie zamieszczono postanowienie w następującym brzmieniu: *W celu realizacji Usługi Konsultant wyodrębni zespół nadzoru. Na czele zespołu nadzoru stać będzie Inżynier. Będzie on działać zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w „Warunki kontraktu na*

Sygn. akt KIO 1366/11

budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” Cosmopoli Consultants/SIDIR Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 oraz w „Warunkach Szczególnych”, w zakresie uprawnień i obowiązków określonych w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy „Prawo budowlane” i aktów prawnych regulujących wydatki Funduszy Unijnych. Zgodnie natomiast z postanowieniem pkt. 6 Wymagania w stosunku do personelu: W celu realizacji zamówienia Wykonawca zapewni Personel Kluczowy, personel pomocniczy i personel obsługi, np. sekretariat, asystenci, obsługa techniczno-administracyjna niezbędny dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia, w odpowiedniej ilości oraz z odpowiednimi uprawnieniami (w przypadku sprawowania samodzielnej funkcji technicznej). Minimalne wymagania dotyczące ilości Personelu Kluczowego i personelu pomocniczego zostały wykazane w Formularzu Cenowym (Załącznik nr....). Jeżeli konsultant uzna, że osoba proponowana na stanowisku inżyniera Kontraktu będzie potrzebowała wsparcia w zakresie swoich obowiązków w celu należytego wykonania Umowy, to uwzględni on w wykazanej w ofercie stawce wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu wszelkie koszty takiego wsparcia tj. koszty pracy doradców, prawników, specjalistów w zakresie warunków FIDIC i jakichkolwiek innych ekspertów. Wreszcie w pkt. 7 Poddstawowy zakres rzeczowy, określono, iż: Przedstawiciel Wykonawcy, Inżynier będzie działał zgodnie z rolą jaką przypisano Inżynierowi w „Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynierskich Projektowanych przez Zamawiającego”/FIDIC – 1999/ oraz w „Warunkach Szczególnych, stanowiących załącznik nr 1 do niniejszego Rozdziału w zakresie uprawnień i obowiązków określonych w niniejszej SIWZ oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy „Prawo Budowlane”. Z kolei w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy, w Rozdziale I Umowa, w § 2 ust. 3, wskazano, iż: Konsultant wyznacza na stanowisko Inżyniera Kontraktu [miejsce na wpisanie konkretnej osoby], który jest upoważniony do zarządzania i nadzorowania w imieniu Konsultanta niniejszą Umową. Inżynier Kontraktu będzie miał prawo delegować część swoich uprawnień zgodnie z warunkiem 3.2 zawartym w „Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynierskich Projektowanych przez Zamawiającego” (FIDIC – 1999), wydanie angielsko-polskie 2000 COSMOPOLI CONSULTANTS, osoby te będą działały w imieniu, na rzecz i na ryzyko Konsultanta. Natomiast w Rozdziale 2 Warunki Ogólne Umowy (WOU), wśród Zobowiązań Konsultanta w Artykule 5, w klauzuli 5.6 wskazano: Na każdym etapie realizacji Kontraktu Konsultant zapewni Zamawiającemu wszelką niezbędną pomoc w zakresie zarządzania Kontraktem. Konsultant uzyska pisemną zgodę Zamawiającego przed podjęciem działań wynikających z następujących warunków

22

Sygn. akt KIO 1366/11

określonych w „Warunkach Kontraktu na Budowę dla Robót Budowlanych i Inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” (tłumaczenie wyd. FIDIC 1999) wydanie angielsko-polskie 2000 COSMOPOLI CONSULTANTS oraz „Warunkach Szczególnych”: (a) Subklauzula 3.2 Delegowanie przez Inżyniera (...).

W s.i.w.z. dotyczącej przetargu nieograniczonego prowadzonego przez GDDiAK Oddział w Katowicach na Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej nr 78 (nr ref. postępowania 41/R1/N/Obw.S/2008), z maja 2008 r., znalazły się następujące postanowienia. W Rozdziale I: Instrukcja dla Wykonawców wraz z załącznikami, w pkt. 4 Przedmiot zamówienia wskazano, iż zadanie realizowane będzie jako jeden kontrakt na roboty w rozumieniu FIDIC, a także, iż wykonawca niniejszego zamówienia w ramach usługi będzie pełnił rolę Inżyniera Kontraktu wg. FIDIC i inspektora nadzoru zgodnie z Prawem Budowlanym. W pkt. 6 Warunki, jakie muszą spełniać Wykonawcy, w pkt. 6.2.2 Potencjał kadrowy określono wymagany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu potencjał kadrowy przez odesłanie do kluczowych specjalistów wymienionych w pkt. 4.1 Personel w ramach czterech stanowisk w Rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia s.i.w.z. Znalazło się tam w pkt. 4.1.1 wskazanie 4 kluczowych stanowisk (Inżynier Kontraktu, Specjalista ds. Rozliczeń, Główny

Inspektor Nadzoru Robót Drogowych i Główny Inspektor Nadzoru Robót Mostowych), wymienienie stanowisk pozostałych niekluczowych specjalistów (Inspektor nadzoru robót drogowych, Inspektor nadzoru robót mostowych, Specjalista ds. geodezji, Specjalista ds. technologii robót, Specjalista ds. geologii, Inspektor Nadzoru robót Wod.-Kan., Inspektor Nadzoru robót elektrycznych i elektroenergetycznych, Inspektor Nadzoru robót telekomunikacyjnych, Inspektor nadzoru robót gazowniczych) oraz stanowisk personelu pomocniczego (Asystent specjalisty ds. rozliczeń, Asystent specjalisty ds. geodezji). W pkt. 4.1.2 i 4.1.3 określono wymagania dla pozostałych niekluczowych specjalistów i personelu pomocniczego, wskazując, iż nie wymaga się przedłożenia w ofercie dokumentów potwierdzających ich kwalifikacje i doświadczenie, jednocześnie zastrzeżono, iż *przed podjęciem pracy poszczególne osoby podlegać będą zatwierdzeniu ze strony Kierownika Projektu*. Na początku pkt. 4.1 zamieszczono następujące postanowienie: *Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w ofercie Wykonawcy niniejszego zamówienia na formularzu „Potencjał Kadrowy”, oraz osobom spełniającym określone w tym punkcie minimalne wymagania, zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z procedurami kontraktowymi. Osobą odpowiedzialną za kierowanie zespołami ekspertów będzie Inżynier Kontraktu, który może przekazać którykolwiek ze swoich*

23

Sygn. akt KIO 1366/11

obowiązków i uprawnień innym członkom zespołu nadzoru, po uzyskaniu akceptacji Kierownika Projektu i po powiadomieniu Wykonawcy Robót. Pod tabelą określającą wymienione stanowiska zespołu Inżyniera Kontraktu i czas ich zatrudnienia, znalazło się także postanowienie: Jeżeli wykonawca niniejszego zamówienia uzna, że zaproponowany powyżej skład personelu nie pozwala na wypełnienie obowiązków omówionych w pkt. 2, może on przewidzieć zatrudnienie dodatkowych osób, których wynagrodzenie należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego. Także w Rozdziale III, w pkt. 1.1 Przedmiot zamówienia, znalazło się postanowienie w następującym brzmieniu: W celu realizacji Usługi Wykonawca utworzy jeden zespół nadzoru. Na czele zespołu nadzoru stać będzie Przedstawiciel Wykonawcy – Inżynier Kontraktu. Będzie on działać zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w „Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynieryjnych Projektowanych przez Zamawiającego”/FIDIC – 1999/ oraz w „Warunkach Szczególnych”, stanowiących Załącznik Nr 1 do niniejszego Rozdziału w zakresie uprawnień i obowiązków określonych w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy „Prawo budowlane”. Zgodnie z brzmieniem Załącznika nr 1 do Rozdziału III Szczególne Warunki Kontraktu do opracowania „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Zamawiającego”. Tłumaczenie wydania FIDIC – 1999 (Wydanie angielsko-polskie 2000), pkt. 3 Inżynier Warunek 3.1 „Obowiązki i uprawnienia Inżyniera” Trzeci akapit otrzymuje nowe brzmienie: „Inżynier może korzystać z upoważnień przynależnych Inżynierowi, takich jak są one wyszczególnione w Kontrakcie lub w sposób oczywisty z Kontraktu wywnioskowane. Inżynier uzyska uzgodnienie Zamawiającego przed podjęciem działań wynikających z następujących Warunków: (a) Warunek 3.2 Delegowanie przez Inżyniera (...). Natomiast w Rozdziale V Istotne dla stron postanowienia umowy, w Załączniku Nr 1 Umowa, w § 2 ust. 1, wskazano, iż: Konsultant w ramach niniejszej Umowy będzie wykonywał czynności przypisane Inżynierowi w „Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynieryjnych Projektowanych przez Zamawiającego” (FIDIC – 1999), w „Warunkach Szczególnych”, stanowiących część umowy o roboty budowlane (Kontrakt), nad realizację których sprawowany będzie nadzór, oraz czynności określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wynikające z aktualnych przepisów ustawy „Prawo budowlane”. Wreszcie w Załączniku Nr 2 Warunki Ogólne Umowy, wśród postanowień określających Charakter usług, w Artykule 12 Zakres usług, określono [w klauzuli 12.1]: iż Konsultant będzie pełnił funkcje Inżyniera zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w „Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynieryjnych projektowanych przez

24

Sygn. akt KIO 1366/11

Zamawiającego" (FIDIC – 1999), jak również pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami polskiego prawa i postanowieniami odpowiednich pozwoleń na prowadzenie robót, a także wspierał Zamawiającego we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Obiektu. [w klauzuli 12.2]: Konsultant przejmie wszystkie obowiązki związane z zarządzaniem kontraktem, z zastrzeżeniem uprawnień Kierownika Projektu. W Artykule 13 *Personel i sprzęt*, w klauzuli 13.1 określono zaś, iż Konsultant skieruje do wykonania Usługi personel (specjalistów kluczowych) wskazany w Ofercie. Pozostałe osoby (pozostałych specjalistów i personel pomocniczy) winni posiadać kwalifikacje i doświadczenie nie mniejsze od określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i podlegać będą zatwierdzeniu przez Kierownika Projektu. Konsultant zaproponuje kandydatury tych osób najpóźniej na 14 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia przez nich pracy. Wreszcie w Art. 14 *Zmiany w składzie personelu*, wskazano, iż Konsultant nie może wprowadzać zmian w składzie personelu wskazanego w Ofercie Konsultanta bez uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Zamawiającego, który może na taką zmianę nie wyrazić zgody powołując się na warunki Umowy.

Skład orzekający zważył w pierwszej kolejności, iż ze stanowiska Przystępującego, popartego treścią oświadczeń osoby pełniącej funkcję inżyniera tych kontraktów, wynikałoby, iż personel pomocniczy mógł być poczytywany za stanowiska kierownicze w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu tych inwestycji drogowo-mostowych. Tymczasem z pkt. 6.2 ppkt 3 lit. b i d.w. s.i.w.z. dotyczącej Opoczna, wynika iż potrzebę zatrudnienia niezbędnego do należytego wykonania umowy personelu pomocniczego, należało wskazać już w ofercie według klucza stanowisk tabeli formularza cenowego, wśród których z oczywistych względów nie było stanowiska *Zastępcy Inżyniera Rezydenta*. Nadto na zakończenie całego postanowienia ppkt. 3 dotyczącego potencjału kadrowego, zamawiający zastrzegł, iż *nie dopuszcza przedstawienia tej samej osoby do pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych powyżej* – wprowadzając tym samym zakaz łączenia jakichkolwiek funkcji przez którąkolwiek z osób wskazanych w ofercie. Przystępujący zdaje się, najwyraźniej na potrzeby swojej argumentacji, nie rozróżniać, iż możliwość zatrudnienia dodatkowych osób nie oznacza, iż mogły one pełnić którekolwiek z kluczowych stanowisk enumeratywnie wymienionych przez zamawiającego, wśród których w ogóle nie było stanowiska zastępcy inżyniera rezydenta. Również z postanowień s.i.w.z. dotyczącej Siewierza wynika, po pierwsze – zamknięty skład stanowisk pozostałych specjalistów i personelu pomocniczego, wśród których nie wymieniono stanowiska zastępcy inżyniera rezydenta (tabela stanowisk zamieszczona w pkt. 4.1 rozdziału III s.i.w.z.), po drugie – przy możliwości zatrudnienia

25

Sygn. akt KIO 1366/11

dodatkowych osób (wskazanej pod koniec tego pkt.), nie budzi wątpliwości, iż nie są to specjaliści odgrywający zasadniczą rolę w realizacji kontraktu, nazywani kluczowymi (do których zaliczono wymienione wcześniej 4 stanowiska), nie mówiąc już o możliwości pełnienia przez te osoby stanowisk kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu kontraktu budowlanego.

Przede wszystkim jednak Przystępujący przechodzi do porządku dziennego nad tym, iż obiektywnie niemożliwe było, by jakakolwiek osoba wykonywała, choćby przejściowo i w ograniczonym zakresie, zadania osoby pełniącej stanowisko inżyniera kontraktu – bez wiedzy zamawiających w tych kontraktach drogowo-mostowych realizowanych, jak sam to potwierdził Przystępujący, a co przewija się w wielu przytoczonych powyżej postanowieniach obu s.i.w.z. – według warunków FIDIC. Tymczasem *Warunki kontraktu na budowę dla robót inżynierskich projektowanych przez zamawiającego* (tzw. czerwony FIDIC), Cosmopoli Consultants Wydanie angielsko-polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), przewidują między innymi, co następuje. W pkt. 1.1.2.4 *Postanowień Ogólnych Warunków Ogólnych*: „Inżynier” oznacza osobę wyznaczoną przez Zamawiającego do działania jako inżynier dla celów Kontraktu i wymienioną w Załączniku do Oferty lub inną osobę wyznaczoną w razie potrzeby przez Zamawiającego, z powiadomieniem Wykonawcy według Subklauzuli 3.4 [Zastąpienie Inżyniera]. W trzech pierwszych akapitach subklauzuli 3.1 [Obowiązki i upoważnienia inżyniera]: Zamawiający wyznaczy Inżyniera, który będzie wykonywał obowiązki przypisane mu w Kontrakcie. Personel Inżyniera będą stanowili wykwalifikowani inżynierowie i inni fachowcy, posiadający kompetencje do wykonywania tych obowiązków. Inżynier nie będzie w żadnym stopniu upoważniony do wnoszenia poprawek do

kontraktu. Inżynier może korzystać z upoważnień przynależnych inżynierowi, takich jak są one wyszczególnione w Kontrakcie lub w sposób oczywisty z Kontraktu wynioskowane. Jeżeli od Inżyniera wymaga się, aby otrzymał aprobatę Zamawiającego przed skorzystaniem z jakiegoś określonego upoważnienia, to odnośne wymagania będą podane w Warunkach Szczególnych. Zamawiający zobowiązuje się nie nakładać dalszych ograniczeń na upoważnienie Inżyniera, bez uzgodnienia z Wykonawcą.(..) Jednocześnie zgodnie z subklauzulą 3.2 [Delegowanie przez Inżyniera]: Inżynier może niekiedy przenieść obowiązki na asystentów i delegować im upoważnienia i może także takie przeniesienie lub delegację odwołać. Do takich asystentów mogą zaliczać się inżynier rezydent i/lub niezależni inspektorzy wyznaczeni do inspekcji i/lub dokonywania prób poszczególnych pozycji Urządzeń i/lub Materiałów. Takie przeniesienie, delegacja lub odwołanie będzie dokonane na piśmie i nie wejdzie w życie przed otrzymaniem jego kopii przez obydwie Strony. Jednakże,

26

Sygn. akt KIO 1366/11

jeżeli nie uzgodniono inaczej przez obydwie strony, to Inżynier nie będzie delegował upoważnienia do określenia jakiegokolwiek sprawy zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia].

Tymczasem Odwołujący przedstawił na rozprawie pisemne stanowiska (odpowiednio z 4 lipca i 29 czerwca 2011 r.) zamawiających w obydwu kontraktach (Oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad odpowiednio w Łodzi i w Katowicach), którzy nie tylko potwierdzili, iż w s.i.w.z. dotyczących usług nadzoru inwestorskiego *na kontraktach* dotyczących budowy obwodnic nie było przewidzianego stanowiska *Zastępcy Inżyniera Rezydenta*, ale przede wszystkim wskazali, iż Bogumił Moszczyński nie był zatrudniony na tych kontraktach na takim stanowisku, lecz wyłącznie na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych. Dowodzi to niezbicie, iż Bogumił Moszczyński, choć potencjalnie był osobą, której Wiesław Z., jako inżynier obydwu kontraktów bezpośrednio kierujący nadzorowaniem inwestycji drogowo-mostowych, mógł powierzyć część swoich obowiązków, jednakże do formalnego ich przekazania, zgodnego z warunkami FIDIC i postanowieniami zawartych umów – w ogóle nie doszło. Co więcej, również Przystępujący nie zaprzeczał temu na rozprawie, nie podważając również wiarygodności złożonych przez Odwołującego dowodów. Natomiast ze złożonego przez Przystępującego pisma procesowego wynika, iż Bogumił Moszczyński na obu budowach wykonywał *faktycznie* czynności kierownicze, a nie zajmował *formalnie* stanowisko kierownicze w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorze realizacji tych inwestycji. W świetle przytoczonych regulacji to ostatnie byłoby możliwe wyłącznie za wiedzą i zgodą zamawiających w tych inwestycjach i kontraktach na ich zarządzanie. Zatem nawet jeżeli Przystępujący w swoich wewnętrznych strukturach mianował i nazywał Bogumiła M. *Zastępcą Inżyniera Rezydenta*, to bez uzewnętrznienia tego i zgody tych zamawiających był to jedynie swoisty *tajny* lub *quasi* zastępca inżyniera rezydenta.

W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy należy jednoznacznie stwierdzić, iż oświadczenie przez Przystępującego, iż Bogumił Moszczyński pełnił funkcję *Zastępcy Inżyniera Rezydenta* przy pełnieniu nadzoru na realizowanych według warunków FIDIC kontraktach drogowo-mostowych: *Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Opoczno w ciągu drogi krajowej nr 12*, w okresie lipiec 2010 – marzec 2011, oraz *Pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej nr 78*, w okresie listopad 2008 – lipiec 2010, zamieszczone na druku przygotowanym przez Zamawiającego, w którym przepisano opis wymaganego doświadczenia dla funkcji Inżyniera Rezydenta, wskazujący wprost, iż chodzi o doświadczenie na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim

27

Sygn. akt KIO 1366/11

zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji inwestycji drogowo-mostowych – jest nieprawdziwe. Należy zauważyć, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” wynikającej z prawdziwych lub nieprawdziwych informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu ustawy pzp adekwatny

jest (na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała już w wyroku z 6 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 372/10) pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl.: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym wart. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, iż w rzeczywistości Bogumił Moszczyński nie był Zastępcą Inżyniera Rezydenta (osoby pełniącej funkcję Inżyniera Kontraktu) przy realizacji umów na: *pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Opoczno w ciągu drogi krajowej nr 12 oraz pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej nr 78* – nie pełnił zatem stanowiska kierowniczego w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacji tych inwestycji drogowo-mostowych. Rzeczywistości tej nie tworzy bowiem uznawanie przez Przystępującego na swoje własne potrzeby, z uwagi na czynności wykonywane w ramach wewnętrznej organizacji pracy przyjętej przez Lafrentz przy realizacji świadczonej usługi, iż osoba ta była takim zastępcą inżyniera kontraktu. Natomiast istotne są następujące fakty. Po pierwsze, w przypadku obydwu kontraktów realizowanych według warunków FIDIC przytoczonych powyżej, co do zasady, tylko *Inżynier* może być uznawany za stanowisko kierownicze w bezpośrednim zarządzaniu i nadzorowaniu realizacji umów na

28

Sygn. akt KIO 1366/11

roboty budowlane. Tak było zarówno w przypadku inwestycji dotyczącej obwodnicy w Opocznie, gdzie Lafrentz jako *Konsultant*, zgodnie z § 2 ust. 3 *Umowy*, wyznaczył na stanowisko *Inżyniera Kontraktu* Wiesława Z., który był upoważniony do zarządzania i nadzorowania w jego imieniu realizacją inwestycji, jak i w przypadku realizacji budowy obwodnicy w Siewierzu, gdzie zamawiający wprost wskazał, iż to *Inżynier Kontraktu* jest osobą odpowiedzialną za kierowanie zespołami ekspertów nadzorujących realizację tej inwestycji (pkt. 4.1 Rozdziału III s.i.w.z. dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia oraz przytoczone powyżej postanowienia umowy odwołujące się do zakresu uprawnień i obowiązków Inżyniera kontraktu wynikających z s.i.w.z.). Po drugie, *Inżynier* według warunków FIDIC może przenieść część swoich uprawnień i obowiązków na swoich asystentów, takich jak *inżynier rezydent* lub *niezależni inspektorzy* (należy zatem odróżniać takich asystentów od osób z personelu pomocniczego lub dodatkowego, często również określanego asystentami), przy czym dla jego skuteczności jest wymagane pisemne powiadomienie stron zarządzanej umowy na roboty budowlane, a zatem fakt takiego powierzenia części kompetencji musi zostać uzewnętrzniony w formie pisemnej względem zamawiającego i wykonawcy robót. Jednocześnie warunki FIDIC przewidują, iż szczególnie postanowienia umowy mogą wprowadzać wymaganie uzyskania zgody zamawiającego przed skorzystaniem przez *Inżyniera* z niektórych jego uprawnień. W przywołanym § 2 ust. 3 *Umowy* dotyczącej Opoczna potwierdzono możliwość przeniesienia kompetencji Inżyniera Kontraktu zgodnie z subklauzulą 3.2 FIDIC, jednocześnie wskazując, iż w takim przypadku osoby, którym powierzono te kompetencje będą traktowane jako działające w imieniu, na rzecz i na ryzyko wykonawcy usługi (zwanego w tym przypadku *Konsultantem*). Podkreślono w ten sposób znaczenie uzewnętrznienia takiego delegowania kompetencji na inne osoby, gdyż tylko w takim przypadku ich działania są traktowane tak samo jak działania samego inżyniera kontraktu. Jednocześnie na mocy klauzuli 5.6 artykułu 5 *Warunków Ogólnych Umowy* (WOU) zaliczono delegowanie przez Inżyniera Kontraktu swoich kompetencji do kategorii uprawnień, z których skorzystanie wymaga uprzedniej pisemnej zgody

zamawiającego. Również w przypadku Siewierza w przywołanym pkt. 4.1 opisu przedmiotu zamówienia potwierdzeniu możliwości delegowania przez Inżyniera Kontraktu swoich uprawnień na osoby zajmujące inne stanowiska, towarzyszy zastrzeżenie uzyskania uprzedniej zgody przedstawiciela zamawiającego pełniącego stanowisko Kierownika Projektu. Jednocześnie w załączniku do tego opisu przedmiotu zamówienia *Szczególne Warunki Kontraktu*, wprowadzono wprost modyfikację brzmienia trzeciego akapitu subklauzuli 3.1 Ogólnych Warunków FIDIC polegającą na dodaniu wymagania uzyskania

29

Sygn. akt KIO 1366/11

uprzedniej zgody zamawiającego między innymi przed skorzystaniem z subklauzuli 3.2 uprawniającej do delegowania uprawnień przez *Inżyniera*. Również z postanowień *Warunków Ogólnych Umowy* wyraźnie wynika, iż zarówno pierwotne wyznaczenie konkretnych osób na wszelkie stanowiska, zarówno kluczowe, jak i pozostałe, jak i późniejsze zmiany w toku wykonywania usługi, każdorazowo wymagają zgody przedstawiciela zamawiającego (przytoczone powyżej regulacje art. 13 i 14). Po trzecie, brak delegowania, w ten wymagany i jedyny możliwy sposób, przez Wiesława Z. jako Inżyniera Kontraktu swoich uprawnień na Bogumiła M. pełniącego funkcję Inspektora nadzoru robót budowlanych, było okolicznością niekwestionowaną przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego. Wobec tak kształtującej się rzeczywistości, w przypadku Przystępującego, jako podmiotu profesjonalnie świadczącego usługi dotyczące nadzorowania realizacji inwestycji budowlanych, a zatem doskonale znającego warunki FIDIC, który w dodatku pełnił funkcję inżyniera kontraktu obu tych inwestycji, a zatem musiał doskonale znać wszystkie przytoczone powyżej regulacje – nie sposób uznać, iż przez przypisanie Bogusławowi Moszczyńskiemu pełnienia funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta, a zatem wymaganego treścią warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu stanowiska kierowniczego w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu inwestycji drogowo-mostowych, nie doszło do podania informacji niezgodnej z rzeczywistością, a zatem nieprawdziwej.

Skład orzekający zważył, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą żadne wątpliwości, które mogłyby przemawiać na korzyść Przystępującego. Przede wszystkim nie można stwierdzić, iż doszło jedynie do podania przez Przystępującego informacji nieścisłej, nieprecyzyjnej, a nie nieprawdziwej. W toku postępowania odwoławczego Przystępujący nie twierdził bowiem, iż treść warunku udziału w postępowaniu sprecyzowana w pkt. 5.2 ppkt 2 (w części dot. Inżyniera Rezydenta) i.d.w. była niejasna czy nieprecyzyjna i z tego powodu została przez niego błędnie zinterpretowana. W ocenie składu orzekającego łbby Przystępujący dokładnie wiedział czego wymaga Zamawiający, który wskazał już w treści warunku, iż dla projektów inwestycyjnych prowadzonych według uznanych międzynarodowych standardów kontraktów budowlanych (typu FIDIC, NEC/ECC), za stanowisko kierownicze w bezpośrednim ich zarządzaniu lub nadzorowaniu będą uznawane stanowiska Inżyniera, Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Rezydenta. Stąd Przystępujący w celu formalnego wykazania spełniania wymagań w zakresie doświadczenia przez osobę Bogusława M. przypisał mu „najniższą” dopuszczalną funkcję i to obok innej funkcji rzeczywiście pełnionej, a zatem dokładając starań by podana informacja była

30

Sygn. akt KIO 1366/11

nieprawdziwa w możliwie najmniej dostrzegalnym i możliwym do zweryfikowania zakresie. Ta swoista precyzja Przystępującego, profesjonalnego podmiotu, który świadczył usługi zarządzania i nadzoru inwestycjami drogowo-mostowymi w Opocznie i Siewierzu, a zatem doskonale znającego rzeczywisty stan rzeczy, wskazuje, iż świadomie podał on nieprawdziwe informacje, licząc na to, że nie zostanie to ujawnione. Na marginesie można zauważyć, że gdyby Przystępujący nie przeoczył zmiany ogłoszenia i s.i.w.z. skreślające postanowienia s.i.w.z. dotyczące Inżyniera kontraktu jako kluczowego eksperta – w ogóle nie musiałby zgłaszać Bogusława M. na stanowisko Inżyniera rezydenta, skoro dysponował inną osobą o wyższych kwalifikacjach, którą niepotrzebnie zaproponował na nieistniejące już stanowisko.

Ponieważ to na podstawie tych nieprawdziwych informacji Zamawiający ustalił, iż Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania osobą zdolną do wykonywania funkcji inżyniera rezydenta, a następnie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą – nie ma wątpliwości, iż miały one wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Bezsporna jest bowiem okoliczność, iż bez okresu doświadczenia wynikającego z nieprawdziwych informacji podanych w poz. 1 i 2., pozostałe 3 zadania opisane w tabeli *Wymagane doświadczenie* Załącznika Nr 4a/2 do i.d.w nie wystarczają dla wykazania posiadania przez Bogusława M. wymaganego 5-letniego doświadczenia. Wobec wypełnienia obu elementów przesłanki wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, bez znaczenia jest, czy Przystępujący wezwany w trybie art. 26 ust. 3 pzp byłby w stanie uzupełnić brak przez wskazanie innej osoby (na co wskazuje zaproponowanie w złożonej ofercie innej osoby na „wyższe” stanowisko Inżyniera Kontraktu, pomimo jego likwidacji przez Zamawiającego). Jeżeli doszło do świadomego podania przez wykonawcę nieprawdy w toku postępowania, mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania, to nie można jednocześnie twierdzić, iż dokument zawierający takie nieprawdziwe informacje, zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, i wezwać takiego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 pzp do sprostowania tych nieprawdziwych informacji. W takim przypadku niespełnianie warunku udziału w postępowaniu nie wynika bowiem z braku zawarcia w dokumencie informacji pozwalającej na ustalenie na zasadzie *spełnia-nie spełnia*, iż warunek został spełniony, lecz z tego, że podana informacja w swej treści potwierdzająca jego spełnianie, okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i zostało wyrażone między innymi w następujących wyrokach: z 10 czerwca 2009r. (sygn. akt: KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09), z 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO.UZP 1004/09), z 12

31

Sygn. akt KIO 1366/11

października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09), z 23 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1439/10), z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1550/10), również z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1578/10), z 16 września 2010 r. (sygn. akt 1903/10), z 28 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 304/11).

Wobec tego zupełnie nieadekwatne do sytuacji, w której przed Izbą zawisła sprawa dotycząca zarzutu złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jest podnoszenie przez niego w swoim stanowisku procesowym, iż jeżeli Zamawiający ma wątpliwości co do doświadczenia Bogumiła M. wskazanego na stanowisko Inżyniera Rezydenta, na mocy art. 26 ust. 3 i 4 pzp może wezwać Przystępującego do złożenia prawidłowych dokumentów lub wezwać do złożenia wyjaśnień co do złożonych dokumentów. Natomiast Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nadal nie miał żadnych wątpliwości i uważał, że nadal powinien i może kierować się wyłącznie tym co oświadczył Przystępujący w ofercie – nie odnosząc się w żaden sposób do dowodów przedstawionych w toku rozprawy przez Odwołującego.

[Ad. zarzut III]

Natomiast skład orzekający Izby nie uznał zasadności zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na niewykazanie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 1,5 mln zł. Pomimo zaprzestania na rozprawie kwestionowania niewłaściwego zakresu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej projektanta wynikającego z polisy Nr 406-11-430-05879984 załączonej do oferty, Odwołujący podtrzymał swój zarzut oparty na argumentach, iż ponieważ na dzień składania ofert polisa ta nie była opłacona, w ogóle nie mogła potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.2 ppkt. 1 lit. c Instrukcji dla wykonawców.

Zdaniem składu orzekającego Izby postanowienie pkt. 6.2 ppkt 3 Instrukcji dla wykonawców, wskazujące jako wymagany dokument *opłaconą polisę*, a w przypadku jej braku *inny dokument potwierdzający*, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, iż Przystępujący wykazał spełnianie warunku posiadania takiego ubezpieczenia przez załączenie do oferty opisanych

Sygn. akt KIO 1366/11

przepisu §1 ust. 1 pkt 10 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 (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). Nie ulega przy tym wątpliwości, iż polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, o którym mowa w przepisie art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 813 § 2 kc, jeżeli nie umówiono się inaczej, składka powinna być zapłacona jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia, a jeżeli umowa doszła do skutku przed doręczeniem dokumentu ubezpieczenia – w ciągu czternastu dni od jego doręczenia. Z kolei z art. 814 § 2 kc wynika, iż jeżeli zakład ubezpieczeń ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zaplaceniem składki, a składka nie została zapłacona w terminie, zakład ubezpieczeń może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym, zawiadamiając o tym jednocześnie ubezpieczającego, i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. Natomiast w braku odstąpienia od umowy, rozwiązuje się ona z końcem okresu, na który przypada niezapłacona składka. Zdaniem składu orzekającego Izby przywołany przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie może być interpretowany jako wyłączenie przewidzianej przepisem rangi ustawowej (kodeksowej) prawnej możliwości bycia ubezpieczonym pomimo niezapłacenia jeszcze składki, również przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego można obiektywnie wymagać w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych złożenia „opłaconej polisy” w sytuacji, w której bez opłacenia składki w ogóle nie powstałaby odpowiedzialność ubezpieczyciela, a tym samym nie sposób byłoby stwierdzić, iż wykonawca jest ubezpieczony. W niniejszej sprawie natomiast niesporna była między Stronami i Uczestnikiem okoliczność, iż z załączonej do oferty polisy wynika objęcie Przystępującego ochroną ubezpieczeniową od 1 kwietnia 2011 r., to jest od dnia, w którym przypadał termin składania ofert, przy jednoczesnym określeniu terminu płatności pierwszej raty składki na 10 kwietnia 2011 r. Nie można zatem uznać, iż Przystępujący na dzień składania ofert nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, którego treścią było posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a nie rodzaj dokumentu składanego na jego potwierdzenie („opłacona polisa” czy też „inny dokument”). Jednocześnie wobec również niespornej okoliczności opłacenia 7 kwietnia 2011 r. raty składki, potwierdzonej złożonym na rozprawie dowodem, należy stwierdzić, iż Przystępujący nadal jest ubezpieczony, a zatem nie przestał spełniać warunku udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby podziela zatem w tym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z 14 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/KU 108/10).

Sygn. akt KIO 1366/11

Nie jest ono również sprzeczne z przywoływanym przez Odwołującego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 200/11), który odnosił się do stanu faktycznego, w którym wykonawca załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieopłaconą polisę, pomimo iż termin płatności składki upływał przed terminem składania tych wniosków.

[Ad. zarzut IV i V]

Skład orzekający Izby uznał również za niezasadny zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, pomimo nieusuwalnej sprzeczności treści tej oferty z treścią s.i.w.z., jak również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp przez umożliwienie Przystępującemu zmiany treści złożonej oferty.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby, dzielającego utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w

szczegółności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast definicja oferty wynika z przepisu art. 66 § 1 kc (oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy). Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby niesłuszne jest stanowisko Odwołującego, iż z treści oferty Przystępującego wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego w zakresie dotyczącym nadzoru autorskiego. Natomiast złożenie oferty na formularzu cenowym w wersji nieuwzględniającej wprowadzonych 21 marca 2011 r. zmian w pkt. II.4 dotyczącym wyceny kosztów jego zapewnienia, nie spowodowało rozbieżności treści tej oferty z treścią s.i.w.z., której Zamawiający nie mógłby

34

Sygn. akt KIO 1366/11

usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, po uprzednim wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Izba zważyła, iż Zamawiający już 8 marca 2011 r. udzielił odpowiedzi na pytania dotyczące treści s.i.w.z., z których wynikało, iż ryczałt z pkt. II.4 Formularza cenowego dotyczy wyceny kosztów sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta na podstawie odrębnej umowy zawartej przez wykonawcę składającego ofertę, wskazując jednocześnie, iż w wycenie należy uwzględnić 15 pobyków projektanta na budowie, przy wynagrodzeniu za 1 pobyt, obejmującym również koszty dojazdu, nieprzekraczającym 1000,00 zł (odpowiedź na 3 pytanie). Następnie 9 marca 2011 r. Zamawiający uwzględnił w treści projektu umowy załączonego do s.i.w.z. udzielone odpowiedzi co do zakresu obowiązków wykonawcy związanych z nadzorem autorskim (zmiana § 5 pkt 3 i 22) – precyzując w ten sposób ostatecznie zakres wymaganego świadczenia. Natomiast zmiana formularza cenowego w zakresie pkt. II.4 została wprowadzona dopiero 21 marca 2011 r. i polegała na wprowadzeniu rozbicia globalnego ryczałtu za 15 pobyków projektanta na ryczałt za pojedynczy pobyt (ze wskazaniem jego podziału na koszt pracy i koszt dojazdu), a nie na zmianie zakresu świadczenia wymaganego od wykonawców, którego opis wynikający z postanowień s.i.w.z. dotyczących opisu przedmiotu zamówienia nie uległ już merytorycznej zmianie. Nie ma zatem żadnych podstaw do uznania, iż wskazanie przez Przystępującego w pkt. II.4 formularza cenowego ryczałtowej kwoty 10500,00 zł netto, nie dotyczy wyceny świadczenia odpowiadającego sprecyzowanemu przez Zamawiającego obowiązkowi inżyniera kontraktu w zakresie nadzoru autorskiego obejmujących 15 pobyków projektanta na budowie.

Wobec tego uprawnione było stanowisko Zamawiającego, iż na podstawie treści złożonego formularza cenowego należy przyjąć kwotę ryczałtu netto za 1 pobyt w wysokości 700,00 zł (10500 zł podzielone przez 15). Natomiast jedyne czego Zamawiający nie mógł ustalić wyłącznie na podstawie treści złożonego formularza, to podział tej kwoty na część dotyczącą pracy projektanta i część dotyczącą kosztów jego dojazdu. Z treści pisma z 8 czerwca 2011 r. wynika, iż wyłącznie temu służyło wezwanie do wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego Izby nie można odmówić Zamawiającemu prawa do uzyskania w tym zakresie wyjaśnień od Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Jednocześnie ani samo wezwanie, ani udzielone przez Przystępującego 13 czerwca 2011 r. wyjaśnienia – nie doprowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 1 *in fine* pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby w ogóle nie można uznać co do zasady, iż zbyt szeroki zakres wezwania do wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień wykraczających poza wykładnię treści złożonego oświadczenia woli, powoduje nieodwołalną

35

Sygn. akt KIO 1366/11

konieczność odrzucenia oferty, której te czynności dotyczyły. Natomiast z przepisu art. 87 ust. 1 zdanie 2. pzp wynika, iż ewentualne próby zmiany treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne czy nieważne. Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w następujących wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11), choć zapadłych na tle odmiennych stanów faktycznych, wyrażono pogląd, w ocenie składu orzekającego Izby adekwatny również w okolicznościach niniejszej sprawy, iż dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp istotne jest czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, iż mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych. W przekonaniu składu orzekającego Izby ten wymóg poruszania się w granicach merytorycznej treści oferty, wyznaczonych przez zawarte w niej oświadczenia i dokumenty, oznacza konieczność uwzględnienia informacji wynikających z nich zarówno wprost, jak i w sposób dorozumiany, zwłaszcza, że to w tym ostatnim przypadku najczęściej zachodzi potrzeba rozwiania mogących powstać u zamawiających wątpliwości. Takim punktem zaczepienia była możliwa do ustalenia na podstawie złożonej oferty kwota ryczałtu za 1 pobyt projektanta, który dotyczył niepodzielnego ze swej istoty świadczenia obejmującego zarówno dojazd jak i świadczone usługi. Wobec tego wskazanie przez Przystępującego rozbicia tej kwoty dotyczącej niepodzielnego świadczenia, nie stanowiło zmiany treści oferty wykraczającej poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przepis ten, dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z., ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni z s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 pzp). Jednakże z żadnego przepisu ustawy pzp, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji, choć przy zachowaniu daleko idącej ostrożności. Jak to wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) *zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści.*

36

Sygn. akt KIO 1366/11

Natomiast naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez Zamawiającego polegało na zaniechaniu dokonania poprawienia stwierdzonej w ofercie Przystępującego omyłki w sposobie wypełnienia formularza, gdyż Zamawiający poprzestał na uzyskanych wyjaśnieniach, w których treści Przystępujący z góry wyraził zgodę na takie poprawienie. W okolicznościach niniejszej sprawy, wobec zupełnie odmiennej treści zarzutu stawianego przez Odwołującego, zbędne jest rozstrzygnięcie czy naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

[Ad. zarzut VI]

Wobec braku sprecyzowania przez Odwołującego na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba pozostawiła ten „zarzut” bez rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 – miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1

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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....