

WYROK
z dnia 15 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Scott Wilson Spółka z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz URS Scott Wilson Ltd Spółka z o.o. Oddział w Polsce, Basingstoke, ul. Alencon Link, Scott House RG 217PP** działającą przez URS Scott Wilson Ltd Spółka z o.o. Oddział w Polsce, ul. Rejtana 17, 01-512 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-950 Bydgoszcz** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „zarządzanie Kontraktami p.n.:

- 1) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 1 (węzeł Walichnowy) od km 99+937 do km 101+972,92”,
- 2) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 2 (węzeł Walichnowy bez węzła – węzeł Żłoczew wraz z węzłem) od km 101+972,92 do km 120+961,30”,
- 3) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 3 (łącznik od węzła Sieradz Południe do połączenia z DK 12 i 14) od km 0+000,00 do km 6+022,88”,
- 4) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 4 (węzeł Żłoczew –węzeł Sieradz Południe wraz z węzłem) od km 120+961,30 do km 140+552,05”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót” (znak GDDKiA-O/BY-R-2/284/54/2011)

1

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum MGGP S.A, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów oraz DHV Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum MGGP S.A, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów oraz DHV Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania w wysokości 18 634 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum MGGP S.A, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów oraz DHV Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Scott Wilson Spółka z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz URS Scott Wilson Ltd Spółka z o.o. Oddział w Polsce Basingstoke, ul. Alencon Link, Scott House RG 217PP,**

2) dokonać wpłaty kwoty **18 634 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów oraz DHV Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Scott Wilson Spółka z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz URS Scott Wilson Ltd Spółka z o.o. Oddział w Polsce Basingstoke, ul.**

2

Alencon Link, Scott House RG 217PP stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz opłaty skarbowej od złożonych pełnomocnictw.

3. Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

3

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 15 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1881/11

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-950 Bydgoszcz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „zarządzanie Kontraktami p.n.:

- 1) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 1 (węzeł Walichnowy) od km 99+937 do km 101+972,92”,
- 2) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 2 (węzeł Walichnowy bez węzła – węzeł Żłoczew wraz z węzłem) od km 101+972,92 do km 120+961,30”,
- 3) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 3 (łącznik od węzła Sieradz Południe do połączenia z DK 12 i 14) od km 0+000,00 do km 6+022,88”,
- 4) „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy – węzeł Wrocław (A1) odcinek 4 (węzeł Żłoczew –węzeł Sieradz Południe wraz z węzłem) od km 120+961,30 do km 140+552,05”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót” (znak GDDKiA-O/BY-R-2/284/54/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **13.06.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **15.06.2011 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 113-187358.

W dniu **22.08.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Polska Spółka z o.o.

W dniu **01.09.2011 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Sp. z o.o., jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i wskutek tego nie

4

wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

2) wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Sp. z o.o.

Tym samym czynnościami i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 24 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum MGGP i DHV, jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - poprzez złożenie oświadczenia, iż Pan Andrzej F., zaproponowany do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru robót mostowych brał udział jako Inspektor robót mostowych (tj. na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót mostowych lub inspektora nadzoru robót mostowych), w realizacji zadania: „Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4 na odcinku KA4D km 279+149 km 296+600 km Nogawczyce-Kleszczów - FIDIC, w tym 26 obiektów mostowych. Kontrakt realizowany wg procedur FIDIC. Wartość kontraktu (budowa) 73,6 mln EUR (EUR=4,66 PLN z dnia 15.12.2003 r.) 343 mln. PLN netto. Inwestycja zakończona - doprowadzony przy udziale osoby do wystawienia Świadectwa Przejęcia (FIDIC)", a zadanie to zostało doprowadzone, przy udziale Pana F., co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót - mimo iż Zamawiający był do dokonania powyższej czynności obowiązany na mocy przepisów ustawy, co stanowi również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum MGGP i DHV z postępowania pomimo niewykazania przez Konsorcjum MGGP i DHV w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum MGGP i DHV, jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - poprzez złożenie oświadczenia, iż zadanie: „Budowa autostrady A4 Zgorzelec - Wykroty, długość 22 km, wartość robót 87 mln. Euro (EUR=4,11 PLN z dnia 05.08.2009r.), 357 mln PLN netto, FIDIC, Doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia", zostało doprowadzone do ostatecznego rozliczenia przy udziale (na stanowisku Inspektora ds. rozliczeń) Pani Elżbiety Ch., zaproponowanej do pełnienia funkcji Inspektora ds. Rozliczeń - mimo iż Zamawiający był do dokonania powyższej czynności obowiązany na mocy przepisów Ustawy; co stanowi również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum MGGP i DHV z Postępowania pomimo niewykazania przez Konsorcjum MGGP i DHV w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu,

3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum MGGP i DHV jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a wskutek tego nie wykazał w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum MGGP i DHV jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp;

5) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 (w zw. z art. 2 pkt 5) w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) ustawy Pzp - poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy (Konsorcjum MGGP i DHV), którzy złożyli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania i wskutek tego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym Odwołujący wskazał, że doznał uszczerbku jego interes prawny w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp,

które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania i na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wniósł o:

1. merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2011 r. polegającej na wyborze oferty Konsorcjum MGGP i DHV jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z Postępowania Konsorcjum MGGP i DHV jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania informacje nieprawdziwe, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania,
5. nakazanie Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez Konsorcjum MGGP i DHV za odrzuconą jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

6

-
- a) przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania (znajdujących się w aktach postępowania) i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
 - b) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją 6 pkt. 6.2 ppkt. 3) lit. b) ppkt. 5) Tomu I SIWZ, Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w odniesieniu do doświadczenia osób (3 osoby) proponowanych do pełnienia funkcji - Inspektora Nadzoru robót mostowych, wymóg określił następująco: *„Udział na stanowisku: kierownika budowy lub kierownika robót mostowych lub inspektora nadzoru robót mostowych, w realizacji co najmniej 2 zadań polegających na nadzorze nad budową lub/i przebudową dróg klasy A lub S lub GP o wartości robót minimum 30 mln zł (brutto) każde, w zakres których wchodziła budowa lub przebudowa obiektów inżynierskich (most, wiadukt, estakada) w ciągu tych dróg”*.

Następnie Odwołujący wskazał, że *„Zamawiający wymaga, by powyższe zadania były doprowadzone, przy udziale osoby wskazującej powyższe doświadczenie, co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót.”*

Podniósł, iż Konsorcjum MGGP i DHV, składając ofertę w postępowaniu, w załączniku do oferty „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia” w pozycji nr 8 tego dokumentu na stanowisko Inspektora Nadzoru robót mostowych zaproponowało kandydaturę Pana Andrzeja F. Jako doświadczenie kandydata Konsorcjum MGGP i DHV przedstawiło trzy pozycje, w tym - co istotne w stanie sprawy - udział Pana Andrzeja F. w następującym zadaniu i w następującym charakterze: Inspektor robót mostowych dla zadania: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4 na odcinku KAD4D km 279+149 km 296+600 hn Nogawczyce-Kleszczów - FIDIC w tym 26 obiektów mostowych. Kontrakt realizowany wg procedur FIDIC. Wartość kontraktu (budowa) 73,6 mln EUR (EUR=4,66 PLN z dnia 15.12.2003r.) 343 mln. PLN netto. Inwestycja zakończona - doprowadzony przy udziale osoby do wystawienia Świadectwa Przejęcia”.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wykaże, iż oświadczenie złożone w powyższym zakresie przez Konsorcjum MGGP i DHV w załączniku do oferty jest nieprawdziwe.

Jak dowód powyższego wskazał: Załącznik do oferty Konsorcjum MGGP i DHV „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia” znajdujący się w aktach postępowania.

7

W dalszej kolejności uzasadnienia podniósł, iż zgodnie z sekcją 6 pkt. 6.2 ppkt. 3) lit. b) ppkt. 3) SIWZ Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie

dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w odniesieniu do doświadczenia osób (2 osoby) proponowanych do pełnienia funkcji Inspektora ds. rozliczeń wymóg określił następująco: „*Udział na stanowisku: Inspektora ds. rozliczeń lub Głównego Specjalisty ds. Rozliczeń w realizacji co najmniej 2 kontraktów polegających na wykonaniu lub nadzorze nad wykonaniem robót drogowych lub/i mostowych o wartości robót co najmniej 100 mln zł (brutto) każdy.*” Przy czym: „*Zamawiający wymaga, by powyższe zadania były doprowadzone do ostatecznego rozliczenia przy udziale osoby wskazującej powyższe doświadczenie.*”

Następnie wskazał, że Konsorcjum MGGP i DHV, składając ofertę w postępowaniu, w załączniku do oferty „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia” w pozycji nr 5 na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń zaproponowało kandydaturę Pani Elżbiety Ch. Jako doświadczenie kandydata Konsorcjum MGGP i DHV przedstawiło trzy pozycję, w tym udział Pani Elżbiety Ch. w charakterze Inspektora ds. rozliczeń dla zadania „Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty (...)”, przy czym, co istotne dla sprawy, w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum MGGP i DHV wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2011 r., w piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r. Konsorcjum MGGP i DHV oświadczyło, że wskazywane zadanie zostało doprowadzone przy udziale Pani Elżbiety Ch. do ostatecznego rozliczenia.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Odwołujący w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wykaże, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum MGGP i DHV w powyższym zakresie w załączniku do oferty jest nieprawdziwe.

Ponadto wskazał na następujące dowody znajdujące się w aktach postępowania: załącznik do oferty Konsorcjum MGGP i DHV „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia”, wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2011 r. skierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum MGGP i DHV oraz pismo Konsorcjum MGGP i DHV z dnia 18 sierpnia 2011 r.

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że Zamawiający doręczył Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 22 sierpnia 2011 roku. Z przekazanej informacji wynika m.in., iż żadna z ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie została odrzucona i żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania. Dodatkowo z informacji tej wynika, że Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum MGGP i DHV jako, według oceny Zamawiającego, oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Na dowód powyższego Odwołujący wskazał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 sierpnia 2011 r. znajdujące się w aktach postępowania.

8

Następnie Odwołujący odniósł się do zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) ustawy Pzp w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru robót mostowych - Pana Andrzeja F. Wskazał, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Konsorcjum MGGP i DHV, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania - wybór oferty Konsorcjum MGGP i DHV jako oferty najkorzystniejszej, co jednocześnie pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Doświadczenie Pana Andrzeja F., zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Konsorcjum MGGP i DHV w załączniku do oferty, wskazywało na udział Pana Andrzeja F. w następujących zadaniach i we wskazanym charakterze: Inspektor robót mostowych dla zadania:

- „Zarządzanie i nadzór nad budowa autostrady A-4 na odcinku KAD4D km 279+149 km 296+600 km Noeawczyce-Kleszczów - FID1C w tym 26 obiektów mostowych. (...);
- Z-ca Rezydenta/Kierownika zespołu inspektorów mostowych dla zadania Przebudowa Drogi Krajowej Nr 50 odcinek Grójec - Mińsk Mazowiecki (...);
- Z-ca Rezydenta/Kierownik zespołu inspektorów mostowych dla zadania „Budowa węzła Sośnica na skrzyżowaniu autostrad A1 i A4” - FIDIC.

Następnie Odwołujący podniósł, iż zgodnie z jego wiedzą, powyższe oświadczenie jest nieprawdziwe.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na wymóg zawarty w sekcji 6 pkt. 6.2 ppkt. 3 lit. b) ppkt. 5 SIWZ, składa się kilka elementów. Zgodnie z powyższym osoba proponowana na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych musi legitymować się udziałem w realizacji

co najmniej dwóch zadań, odpowiadających specyfice określonej przez Zamawiającego (nadzór nad budową lub/i przebudową dróg klasy A lub S lub GP o wartości robót minimum 30 mln zł każde, w zakres których wchodziła budowa lub przebudowa obiektów inżynierskich - most, wiadukt, estakada - w ciągu tych dróg). Ponadto, udział tej osoby musi polegać na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru robót mostowych. Dodatkowo zadanie musiało zostać doprowadzone do wystawienia Świadectwa Przejścia lub Protokołu odbioru robót przy udziale tej osoby, która w tym okresie musiała pełnić funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru robót mostowych.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego powyższe przesłanki nie zostały spełnione w odniesieniu do Pana Andrzeja F. co do zadania „Zarządzanie i nadzór nad budowa autostrady A-4 na odcinku KAD4D km 279+149 km 296+600 km Nogawczyce-Kleszczów - FIDIC w tym 26 obiektów mostowych. (...)”, natomiast Konsorcjum MGGP i DHV, składając

9

oświadczenie zawarte w pozycji nr 8 załącznika do oferty: „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia”, poświadczyło nieprawdę.

W ocenie Odwołującego należy także zaznaczyć, że alternatywnie określone w ww. postanowieniach SIWZ stanowiska: „kierownika robót mostowych” lub „inspektora nadzoru robót mostowych” niewątpliwie wymagają określonych w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.), uprawnień budowlanych w specjalności mostowej do kierowania robotami budowlanymi. Nawet jeżeli Pan Andrzej F. posiada ww. uprawnienia, nie oznacza to, że tym samym automatycznie spełnia on wymóg doświadczenia określony w sekcji 6 pkt 6.2 ppkt 3) lit. b ppkt 5) SIWZ. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazano bowiem, że posiadania uprawnień do wykonywania określonego rodzaju działalności nie należy utożsamiać ze spełnieniem wymogu doświadczenia stawianego przez zamawiającego. Jak wykazuje Izba: „Warunek dotyczący posiadania określonych uprawnień budowlanych należy oddzielić od wymogu doświadczenia i kwalifikacji tej osoby. Co do zasady zarówno uprawnienia, jak i wymogi dotyczące doświadczenia wykazywanej na to stanowisko osoby, powinny być zbieżne, jednak nie muszą być tożsame”.

Należy zaznaczyć, że na kwalifikacje niezbędne do realizacji zamówienia składają się nie tylko wymagane prawem uprawnienia do jego realizacji, ale również niezbędna wiedza i doświadczenie. Stanowisko to potwierdzone zostało w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 950/09, Lex nr 512934) Izba podkreśliła, iż: „Wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy wiąże się bezpośrednio z dysponowaniem przez wykonawców odpowiednim know-how, znajomością technologii czy metodologii, w jakiej wykonane ma być zamówienie itp., oraz wiedzę (kwalifikacjami) osób, które bezpośrednio będą wykonywać zamówienie”.

Stan rzeczy zaistniały w przedmiotowym postępowaniu, a opisany powyżej, wyczerpał, w ocenie Odwołującego, dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis wskazuje na obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, przy czym informacje takie mogą być zawarte w oświadczeniach lub dokumentach, składanych przez wykonawcę, jak miało to miejsce w tym przypadku.

Odwołujący podniósł, iż bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania pozostają tym przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji. Nawet jeśli informacja taka jest następstwem wadliwej interpretacji przez Konsorcjum MGGP i DHV warunku wykonania opisanego w sekcji 6 pkt. 6.2 ppkt. 3 lit, b) ppkt. 5 SIWZ, wykonawca winien zostać wykluczony z prowadzonego postępowania. W przypadku bowiem, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ

10

na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stanął również na stanowisku, że Zamawiający nie byłby przy tym uprawniony do ponownego wzywania Konsorcjum MGGP i DHV do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem faktu złożenia nieprawdziwych

oświadczeń nie można zmienić lub w jakikolwiek - zgodny z prawem - sposób usankcjonować. W takim przypadku Zamawiający nie ma bowiem ani prawa - ani tym bardziej obowiązku - żądania od wykonawcy dalszego uzupełnienia oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na co wyraźnie wskazuje orzecznictwo.

Mając na uwadze powyższe rozważania. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Konsorcjum MGGP i DHV winno zostać wykluczone z postępowania, czego Zamawiający zaniechał, naruszając tym samym dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, albowiem Konsorcjum MGGP i DHV, składając ofertę, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, posłużyło się nieprawdziwymi informacjami w odniesieniu do doświadczenia Pana Andrzeja F., które miały lub co najmniej mogły mieć wpływ na wynik postępowania, co prowadzi również do wniosku, iż Konsorcjum MGGP i DHV w powyższym zakresie nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Odwołujący odniósł się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) ustawy Pzp w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora ds. rozliczeń - Pani Elżbiety Ch.

Jak zostało to już wskazane, w załączniku do oferty „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia” w pozycji nr 5 tego formularza, Pani Elżbieta Ch. została zaproponowana jako kandydat na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń. Jako doświadczenie kandydata Konsorcjum MGGP i DHV przedstawiło m.in. udział Pani Elżbiety Ch. w charakterze Inspektora ds. rozliczeń dla zadania: „Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty (...) Doprowadzenie do wystawienia Świadcstwa Przejęcia”.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający powziął wątpliwość do prezentowanego przez Konsorcjum MGGP i DHV doświadczenia Pani Elżbiety Ch., albowiem zgodnie z sekcją 6 pkt. 6.2 ppkt. 3) lit. b) ppkt. 3) SIWZ, wymaganiem Zamawiającego było, by osoba proponowana na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń posiadała doświadczenie w realizacji zadania, które przy jej udziale (tu: Pani Elżbieta Ch.) zostało doprowadzone do ostatecznego rozliczenia, natomiast z oświadczenia złożonego w formularzu wynikało, że przy udziale Pani Elżbiety Ch. doprowadzono do wystawienia Świadcstwa Przejęcia. Wobec powyższego Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r. zwrócił do Konsorcjum MGGP i DHV o wyjaśnienie m.in.: czy zadanie „Budowa autostrady A4 Zgorzelec - Wykroty (...)” zostało

11

doprowadzone do ostatecznego rozliczenia. Jako dowód Odwołujący przywołał załącznik do oferty Konsorcjum MGGP i DHV „Potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia” oraz wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2011 r. skierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum MGGP i DHV – znajdujące się w aktach postępowania.

Następnie Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi Konsorcjum MGGP i DHV w piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r., oświadczyło, że m.in. zadanie „Budowa autostrady A4 Zgorzelec - Wykroty (...)” zostało doprowadzone do ostatecznego rozliczenia przy udziale Pani Elżbiety Ch. jako osoby wskazanej na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń. W tym miejscu Odwołujący jako dowód przywołał pismo Konsorcjum MGGP i DHV z dnia 18 sierpnia 2011 r. znajdujące się w aktach postępowania.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że zgodnie z wiedzą Odwołującego opisaną powyżej oświadczenie Konsorcjum MGGP i DHV, złożone w piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r. stanowi nieprawdziwą informację, albowiem w okresie, gdy Pani Elżbieta Ch. pełniła funkcję Inspektora ds. rozliczeń dla zadania „Budowa autostrady A4 Zgorzelec - Wykroty (...)”. zadanie to nie zostało doprowadzone do ostatecznego rozliczenia, co Odwołujący wykaże w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że o ostatecznym rozliczeniu zadania realizowanego wg warunków kontraktowych FIDIC można mówić dopiero na etapie, gdy wykonawca danego zadania uzyska Ostateczne Świadcstwo Płatności. Zgodnie z subklauzulą 14.11 Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego. COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 (dalej jako „Warunki Kontraktu”), wystąpienie o Ostateczne Świadcstwo Płatności możliwe jest dopiero po uzyskaniu Świadcstwa Wykonania (w rozumieniu subklauzuli 11.9 Warunków Kontraktu), w terminie 56 dni od jego wystawienia. Oznacza to, że zadanie, które na gruncie postępowania mogłoby zostać zaprezentowane jako doświadczenie osoby proponowanej na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń, musiałoby

zostać całkowicie „zamknięte” co do obopólnych zobowiązań finansowych stron procesu inwestycyjnego. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, zadanie „Budowa autostrady A4 Zgorzelec - Wykroty (...)” nie zostało ostatecznie rozliczone przy udziale Pani Elżbiety Ch. jako Inspektora ds. rozliczeń.

Jak wskazał Odwołujący art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi samoistną podstawę do wykluczenia wykonawcy z prowadzonego postępowania. Należy powtórzyć, zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, że: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości, o ile złożone informacje mają wpływ lub

12

mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu.”

Pragnąc dodatkowo uzasadnić swoje stanowisko, Odwołujący przytoczył kolejny fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie podkreśla się, że wykluczenie wykonawcy, który składa nieprawdziwe oświadczenia, jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego, a samo złożenie nieprawdziwych oświadczeń jest samoistną przesłanką do wykluczenia: „Zamawiający musi wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Poza samym faktem złożenia informacji nieprawdziwej, przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości. Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów”.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, iż Konsorcjum MGGP i DHV winno zostać wykluczone z postępowania, czego Zamawiający zaniechał, naruszając tym samym dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp, albowiem Konsorcjum MGGP i DHV, składając ofertę, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, posłużyło się w odniesieniu do doświadczenia Pani Elżbiety Ch. nieprawdziwymi informacjami, które miały lub co najmniej mogły mieć wpływ na wynik postępowania, co prowadzi również do wniosku, iż Konsorcjum MGGP i DHV w powyższym zakresie nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w związku art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż Zamawiający, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MGGP i DHV z Postępowania, naruszył dyspozycję art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty Konsorcjum MGGP i DHV, która powinna zostać uznana za odrzuconą jako oferta złożona przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu. Tym samym Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równości stron w postępowaniu oraz udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, poprzez wybór wykonawcy, którego oferta winna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z przepisami ustawy, jak też poprzez nieuzasadniony brak wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego - w pełni zgodnej z wymaganiami SIWZ i przepisami ustawy, co dodatkowo stanowi o naruszeniu art. 2 ust. 5.

13

Następnie Odwołujący wskazał, że wskazane w treści niniejszego odwołania zaniechania i czynności Zamawiającego wskazują, że prowadząc postępowanie w sprawie przedmiotowego zamówienia Zamawiający naruszył ukonstytuowaną przez art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równości stron w postępowaniu, albowiem uniemożliwił Odwołującemu uczciwe konkurowanie z sobą wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył także zasadę art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w szczególności dokonał wyboru oferty wykonawcy (Konsorcjum MGGP i DHV), który

powinien zostać wykluczony, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą. Tym samym, Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy wybranego sprzecznie z dyspozycją art. 91 ust. 1 stawy Pzp. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, za najkorzystniejszą w postępowaniu zostałaby uznana oferta Odwołującego i wybór ten byłby zgodny z powołanymi przepisami.

Odwołujący uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia wskazał, że wybór w prowadzonym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, tj. oferty Konsorcjum MGGP i DHV, uniemożliwia Odwołującemu prowadzenie uczciwej konkurencji z innymi wykonawcami uczestniczącymi w przedmiotowym postępowaniu.

Jak zostało wskazane w odwołaniu w związku z powyższym oczywisty jest interes prawny Odwołującego, który spełnia wszelkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu, a jego prawidłowa i - spośród ofert niepodlegających uznaniu za odrzucone - najkorzystniejsza cenowo oferta, została uznana za mniej korzystną od oferty Konsorcjum MGGP i DHV wyłącznie w konsekwencji zaniechań i działań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp.

Jak wskazuje przy tym Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z orzeczeń: „Legitymowanie się interesem w uzyskaniu danego zamówienia wymaga wykazania przez odwołującego, że na skutek czynności lub zaniechań zamawiającego został on pozbawiony lub choćby zaistniała potencjalna możliwość pozbawienia odwołującego przedmiotowego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, w ramach którego wnoszone jest odwołanie.” Ponadto za ugruntowany w orzecznictwie należy uznać pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: „niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia.”

Następnie Odwołujący stwierdził, iż wykazał naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego a powinno pozostawać oczywistym, że w przypadku potwierdzenia się

zarzutów podnoszonych przez Odwołującego jest możliwym uzyskanie przez niego przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego istnieje ewidentny związek przyczynowy pomiędzy brakiem wykluczenia Konsorcjum MGGP i DHV z udziału w niniejszym postępowaniu a pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, które Odwołujący otrzymałby, gdyby nie zaniechania Zamawiającego naruszające przepisy ustawy Pzp i istotnie utrudniające konkurencję oraz różnicujące szanse wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku bowiem prawidłowego dokonania badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a więc także uznania oferty Konsorcjum MGGP i DHV za odrzuconą, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, bowiem złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem kryterium wyboru ofert, tj. ceny, spośród ofert niepodlegających uznaniu za odrzucone.

W dniu **05.09.2011 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Polska Spółka z o.o.

W dniu **08.09.2011 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zatytułowane „Odpowiedź na odwołanie – uwzględnienie zarzutów w całości”, w którym zostało wskazane, iż Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Pismo powyższe zostało podpisane przez Marka Kowalczyka – Dyrektora Oddziału.

W dniu **12.09.2011 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zawierające sprzeciwy wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Polska Spółka z o.o. wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W powyższym piśmie Przystępujący podtrzymał żądanie zawarte w przystąpieniu dotyczące oddalenia odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Polska Spółka z o.o. i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez

15

Przystępującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną wynoszącą 12.743.733,23 zł brutto pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w rankingu ofert. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do wyeliminowania z postępowania wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Spółka z o.o., którego oferta zawiera najniższą cenę wynoszącą 12.256.681,34 zł brutto. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższy fakt, uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jedynym kryterium oceny ofert, w przedmiotowym postępowaniu, jest najniższa cena.

Izba w zakresie wnioskowanych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowodów oraz w odniesieniu do podniesionych przez Przystępującego w piśmie z dnia 12.09.2011 r. zarzutów wskazuje, iż kwestie postępowania dowodowego reguluje m.in. art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W zdaniu drugim powyższego przepisu zostało wskazane, iż dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W tym zakresie istotne znaczenia ma również art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, który

16

stanowi, iż wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Norma prawna wyrażona w zdaniu drugim art. 190 ust. 1 ustawy Pzp uprawniała Odwołującego do przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń aż do zamknięcia rozprawy. Należy również wskazać, iż sam Przystępujący z tego prawa skorzystał przedstawiając w końcowym etapie rozprawy dowód z dokumentu w postaci deklaracji z dnia 13.06.2008 r. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie uwzględniła wniosków Przystępującego o niedopuszczenie dowodów wnioskowanych na etapie rozprawy przez Odwołującego.

Tym samym Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak również dowody zawnioskowane przez

Odwołującego w toku rozprawy w postaci pism oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (pisma Oddziału w Opolu z dnia 01.09.2011 r. oraz z dnia 07.09.2011 r., jak również pisma Oddziału we Wrocławiu z dnia 07.09.2011 r. oraz z dnia 30.08.2011 r.), pism przedłożonych przez Zamawiającego w postaci odpowiedzi GDDKiA Oddział w Opolu z dnia 07.09.2011 r., odpowiedzi GDDKiA Oddział we Wrocławiu z dnia 07.09.2011 r. oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu. Izba poddała również ocenie dowody przywołane przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 12.09.2011 r. zawierającym sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości, jak również dowód z dokumentu, przedstawiony w toku rozprawy, w postaci deklaracji z dnia 13.06.2008 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ w Tomie I „Instrukcja dla wykonawców” w Rozdziale I w dziale nr 6 zatytułowanym „warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w pkt 6.2. ppkt 3 wskazał, iż: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do

17

wykonania zamówienia: (...). Następnie w lit. b) zatytułowanej „Potencjał kadrowy” zostało wskazane, że: „Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wykaże osoby, która spełniają następujące wymagania:”.

W pkt 3) powyższego wykazu został wskazany następujący warunek: „Osoba proponowana do funkcji – Inspektor ds. rozliczeń – 2 osoby. Doświadczenie zawodowe: Udział na stanowisku: Inspektora ds. rozliczeń lub Głównego Specjalisty ds. Rozliczeń w realizacji co najmniej 2 kontraktów polegających na wykonaniu lub nadzorze nad wykonaniem robót drogowych lub/i mostowych o wartości robót co najmniej 100 mln zł (brutto) każdy. Zamawiający wymaga, by powyższe zadania były doprowadzone do ostatecznego rozliczenia przy udziale osoby wskazującej powyższe doświadczenie”.

W pkt 5) powyższego wykazu został wskazany następujący warunek: „osoby proponowane do funkcji – Inspektor Nadzoru robót mostowych – 3 osoby. Doświadczenie zawodowe: Udział na stanowisku: kierownika budowy lub kierownika robót mostowych lub inspektora nadzoru robót mostowych, w realizacji co najmniej 2 zadań polegających na nadzorze nad budową lub/i przebudową dróg klasy A lub S lub GP o wartości robót minimum 30 mln zł (brutto) każde, w zakresie których wchodziła budowa lub przebudowa obiektów inżynierskich (most, wiadukt, estakada) w ciągu tych dróg. Zamawiający wymaga, by powyższe zadania były doprowadzone, przy udziale osoby wskazującej powyższe doświadczenie, co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót”.

Po drugie ustalono, iż Zamawiający w SIWZ pod wymaganiami dotyczącymi poszczególnych osób wskazał, iż „Zamawiający nie dopuszcza przedstawienia tej samej osoby do pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych powyżej”.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do funkcji inspektora ds. rozliczeń wskazał 2 osoby, w tym panią Elżbietę Ch. dla której na str. 25 oferty zostały wskazane w tabeli zatytułowanej „potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia” następujące inwestycje potwierdzające spełnianie wymagań:

- „Inspektor ds. rozliczeń – Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty, długość 22 km, wartość robót 87 mln. Euro (EUR=4,11 PLN z dnia 05.08.2009 r.), 357 mln PLN netto, FIDIC. Doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia”;
- „Inspektor ds. rozliczeń – Przebudowa Drogi Krajowej Nr 50, Odcinek I Grójec – Góra Kalwaria – Projekt ISPA, 2002/PL/16/P/PT/018-2a (FIDIC), Wartość kontraktu: 35,8 mln Euro

(EUR=3,56 PLN z dnia 03.11.2008 r.) 127 mln PLN. Doprowadzenie do wystawienia Świadcstwa Przejęcia”.

Następnie Izba ustaliła, iż Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do funkcji inspektora nadzoru robót mostowych wskazał 3 osoby, w tym pana Andrzeja F. dla którego na str. 26 oferty zostały wskazane w tabeli zatytułowanej „potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia” następujące inwestycje potwierdzające spełnianie wymagań:

- „Inspektor robót mostowych dla zadania – Zarządzanie i nadzór na budową autostrady A-4 na odcinku KA4D km 279+149 km 296+600 Nogawczyce-Kleszczów – FIDIC, w tym 26 obiektów mostowych. Kontrakt realizowany wg procedur FIDIC. Wartość kontraktu (budowa) 73,6 mln EUR (EUR=4,66 PLN z dnia 15.12.2003 r.) 343 mln PLN netto. Inwestycja zakończona – doprowadzony przy udziale osoby do wystawienia świadectwa przejścia (FIDIC)”;

- „Z-ca Rezydenta/Kierownik zespołu inspektorów mostowych dla zadania – Przebudowa Drogi Krajowej Nr 50 odcinek Grójec – Mińsk Mazowiecki – FIDIC, w tym 11 obiektów mostowych, klasa drogi GP, Wartość kontraktu: 35,8 mln Euro (EUR=3,56 PLN z dnia 03.11.2008 r.) 127 mln PLN. Doprowadzenie do wystawienia Świadcstwa Przejęcia”;

- „Z-ca Rezydenta/Kierownik zespołu inspektorów mostowych dla zadania Budowa węzła Sośnica na skrzyżowaniu autostrad A1 – A4 – FIDIC”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 11.08.2011 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdzie w pkt I powyższego pisma w lit. c) zwrócił się o wyjaśnienie, czy zadania „Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty” oraz „Przebudowa drogi krajowej nr 50, Odcinek 1 Grójec – Góra Kalwaria” zostały doprowadzone do ostatecznego rozliczenia przy udziale pani Elżbiety Ch. Ponadto w zakresie pana Andrzeja F., przewidzianego na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych. Zamawiający w lit. d pkt I powyższego pisma zwrócił się o wyjaśnienie, czy zadanie „Przebudowa drogi krajowej nr 50, odcinek Grójec – Mińsk Mazowiecki” zostało doprowadzone do wystawienia Świadcstwa Przejęcia przy udziale ww. osoby.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 17.08.2011 r. wskazał m.in., że zadania „Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty” oraz „Przebudowa DK 50 Odcinek 1 Grójec – Góra Kalwaria” zostały doprowadzone do ostatecznego rozliczenia przy udziale Pani Elżbiety Ch. zaproponowanej na stanowisko inspektora ds. rozliczeń oraz, że zadanie „Przebudowa DK 50 Odcinek Grójec – Mińsk Mazowiecki” zostało doprowadzone do wystawienia Świadcstwa Przejęcia przy udziale Pana Andrzeja F. zaproponowanego na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych.

Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanymi na jej potwierdzenie dowodami z dokumentacji postępowania, dowodami z dokumentów przedstawionymi w toku rozprawy oraz przytoczonym na poparcie swoich twierdzeń orzecnictwem. Izba wydając wyrok uznała za istotne również wyjaśnienia złożone na etapie rozprawy przez Zamawiającego oraz przedłożone przez tego ostatniego w toku rozprawy dowody z dokumentów.

Biorąc pod uwagę sformułowane przez Przystępującego w piśmie z dnia 12.09.2011 r. zarzuty Izba nie dopatrzyła się w toku rozprawy roszczenia przez Odwołującego zarzutów zawartych w odwołaniu. Odwołujący w toku rozprawy przedstawił jedynie dowody na potwierdzenie zaprezentowanych w odwołaniu twierdzeń oraz poparł swoją argumentację orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W treści odwołania Odwołujący wskazał normy prawne, które w jego ocenie zostały naruszone przez Zamawiającego, wskazał zaskarżone czynności Zamawiającego w związku z którymi doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, jak również przytoczył okoliczności faktyczne na ich potwierdzenie. W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do skonkretyzowanych oświadczeń zawartych w ofercie Przystępującego i wskazał, które z nich uznaje za nieprawdziwe wskazując jedynie, iż dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń przedstawi w toku rozprawy. W tym miejscu na uwagę zasługuje stanowisko Odwołującego wyrażone w toku rozprawy, iż za główny zarzut uznaje on zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś pozostałe zarzuty należy uznać za

poboczne w stosunku do niego. Powyższe świadczy o ograniczeniu zarzutów i skupieniu się Odwołującego na najistotniejszym zarzucie mającym, w ocenie Odwołującego, istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

Następnie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Na wstępie należy również wskazać, iż instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o normę prawną wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niesie za sobą daleko idące konsekwencje polegające na wyeliminowaniu wykonawcy z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji; 20

- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Należy w tym miejscu wskazać, iż szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. W tym miejscu należy również wskazać, iż Zamawiający zazwyczaj swoje decyzje opiera na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie.

Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej wskazanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 13.09.2011 r., w których zostało m.in. wskazane, że fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Jak zostało to wskazane w przywołanym przez Odwołującego orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1778/09) „Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów”. W kolejnym, przywołanym przez Odwołującego, orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09) zostało wskazane, iż: „Przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonych przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.”. Choć pogląd ten został wyrażony na podstawie poprzedniego stanu prawnego uznać go jednak należy za w pełni aktualny w odniesieniu do obowiązującej normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp fakt podania nieprawdziwych informacji wiąże jedynie z okolicznością, czy miała lub mogła mieć ona wpływ na wynik postępowania. Pozostałe aspekty związane z kwalifikacją, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, pozostają bez znaczenia dla przeprowadzenia takiej oceny. Bez znaczenia ma również sposób przedstawienia informacji

nieprawdziwych. Otóż bez znaczenia pozostaje fakt, czy zostaną one przedłożone wraz z wnioskiem lub ofertą, czy też zostaną przedstawione w ramach uzupełnienia dokumentów w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też w ramach wyjaśnień w

oparcia o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Bez znaczenia ma również okoliczność, czy będą to oświadczenia lub dokumenty sporządzone przez wykonawcę, czy też przez podmioty trzecie. Istotne jest jedynie przedstawienie w jakiegokolwiek formie w toku postępowania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na jego wynik. Nie sposób zatem uznać, iż przedstawienie nieprawdziwych informacji poza prowadzonym postępowaniem objęte jest hipotezą normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje również, iż wszelkiego rodzaju informacje (zawarte w oświadczeniach własnych wykonawcy lub w innych dokumentach przedstawionych w ramach postępowania) mające na celu potwierdzenie przez wykonawcę, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba wskazuje ponadto, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane jest stanowisko, że brak jest możliwości konwalidowania czynności złożenia na etapie postępowania nieprawdziwych informacji. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący i Zamawiający jako nieprawdziwe wskazali oświadczenie Przystępującego składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc nie będzie miała zastosowania w tym stanie rzeczy instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Taki pogląd został wyrażony m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 p.z.p. podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane”. Izba w pełni podziela pogląd zaprezentowany w powyższym orzeczeniu.

I. Izba w zakresie pierwszej podstawy faktycznej dotyczącej inspektora nadzoru robót mostowych, przy uwzględnieniu dokonanych ustaleń faktycznych, stwierdziła, iż Odwołujący oraz Zamawiający wykazali, iż w zakresie tej osoby Przystępujący w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawił nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do inspektora robót mostowych Izba ustaliła, iż Przystępujący wskazał na to stanowisko 3 osoby (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego). Zarzuty podniesione przez Odwołującego odnoszą się do pierwszej ze wskazanych w wykazie osób, tj. przewidzianego na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych Andrzeja F. W odniesieniu do powyższej osoby i wskazanej dla tej osoby inwestycji nr 1 (Budowa autostrady A4 na odcinku KA4D km 279+149 km 296+600 Nogawczyce – Kleszczów) Odwołujący przedstawił dowody z

22

dokumentów w postaci pisma z dnia 01.09.2011 r. (znak GDDKiA-O/Op-R1/415/K7/11/2011) oraz pisma z dnia 07.09.2011 r. (znak GDDKiA-O/Op-R1/415/K7/11A/2011) Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Opolu, jednoznacznie wskazujące, iż pan Andrzej F. nie pełnił na powyższej inwestycji jakiegokolwiek funkcji, w tym w szczególności nie pełnił na powyższym zadaniu funkcji inspektora nadzoru robót mostowych. Dowody z dokumentów potwierdzające powyższy fakt przedstawił w toku rozprawy również Zamawiający. Wskazał on, iż po otrzymaniu kopii odwołania wszczął postępowanie wyjaśniające w ramach którego otrzymał od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Opolu pismo z dnia 07.09.2011 r. (znak GDDKiA-O/Op/R1/415/K7/11B/2011), z którego wynika, iż pan Andrzej F. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót mostowych w ramach zadania „Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4 na odcinku km 279+149 – km 296+600 Nogawczyce - Kleszczów” i tym samym nie mógł zostać wydany Protokół Odbioru Robót, Świadectwo Przejęcia, Świadectwo Wykonania bądź inny dokument odbiorowy przy udziale pana Andrzeja F. na ww. kontrakcie.

Biorąc pod uwagę powyższe bezspornym jest, przy uwzględnieniu dowodów zaprezentowanych przez Odwołującego i Zamawiającego, że Przystępujący w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawił nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący nie odniósł się do przedstawionych dowodów, jak również nie przedstawił w tym zakresie dowodów przeciwnych. Tym samym Izba powyższy fakt uznała za udowodniony.

Biorąc pod uwagę stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego w piśmie z dnia 12.09.2011 r. oraz na rozprawie w zakresie braku wpływu na wynik podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji Izba wskazuje, że okoliczności niniejszej sprawy

przeczą twierdzeniom Przystępującego. Przystępujący w piśmie z dnia 12.09.2011 r. oraz w toku rozprawy w zakresie pierwszej przesłanki faktycznej wskazanej przez Odwołującego w ramach naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, iż nawet z pominięciem pierwszej pozycji wskazanej dla inspektora robót mostowych (pana Andrzeja F.) spełnia on warunki udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu pozycji nr 2 oraz 3. Przystępujący wskazał, w doniesieniu do pozycji nr 2 (przebudowa drogi krajowej Nr 50, odcinek Grójec – Mińsk Mazowiecki), iż inwestycja ta składała się z dwóch niezależnych kontraktów, na co w toku rozprawy przedłożył dowód w postaci deklaracji z dnia 13.06.2008 r. Ponadto wskazał, iż w zakresie pozycji nr 3 (Budowa węzła Sośnica na skrzyżowaniu autostrad A1 – A4), że wiedzą powszechnie znaną są fakty dotyczące wartości, zakończenia oraz zakresu przedmiotowego tego zadania, przedkładając ponadto wraz z pismem z dnia 12.09.2011 r. dowody odnoszące się do powyższej inwestycji.

Izba wskazuje, iż Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i tym samym o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej mógł podjąć tylko i wyłącznie w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszakże hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zarówno przez wykonawców jak też instytucje zamawiające. Zatem to przedstawienie przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wpływ na wynik tego postępowania, będący szeregiem działań i decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku tego ostatniego, jest tu kluczowym elementem podlegającym ocenie. Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponował ani wiedzą, ani dowodami przedstawionymi przez Przystępującego na etapie postępowania odwoławczego. Zatem Izba uznała je za nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba oceniając wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bierze pod uwagę materiał przedstawiony Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a nie postępowania odwoławczego. Tym samym przedmiotem oceny jest fakt, na jakich oświadczeniach i dokumentach Zamawiający oparł się podejmując decyzje zmierzające do ustalenia wyniku postępowania przetargowego. Wynika to z faktu, iż działanie takie, tj. przedstawienie dowodów na etapie postępowania odwoławczego celem wykazania braku wpływu złożenia nieprawdziwych informacji na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiłoby *de facto* nadużycie prawa poprzez zastąpienie nieprawdziwych informacji innymi informacjami na zasadach zbliżonych do instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać również należy, iż do takiego uzupełnienia doszłoby na etapie postępowania odwoławczego, do którego nie ma zastosowania instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący przedkładając na etapie postępowania odwoławczego dowody próbuje wykazać, iż przedstawienie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji nie miało oraz nie mogło mieć wpływu na wynik tego ostatniego. Badanie przez Izbę wpływu na wynik, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji i to tylko w oparciu o zgromadzony na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego materiał (wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, wyjaśnienia, całokształt korespondencji pomiędzy wykonawcami a zamawiającym). Dowody zgromadzone w toku postępowania odwoławczego i przedstawione przez Przystępującego nie mogą mieć zatem znaczenia w ocenie wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w niniejszym stanie faktycznym zostały przedstawione w terminie późniejszym niż podjęcie

przez Zamawiającego decyzji w przedmiocie tego wyniku, gdyż to właśnie wynik tego postępowania został zaskarżony w ramach niniejszego odwołania. Tym samym oparciu przez Zamawiającego swojej decyzji na nieprawdziwych informacjach miało wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby na szczególną uwagę zasługuje także fakt, iż Zamawiający w toku

rozprawy potwierdził, że decyzję o uznaniu spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia w odniesieniu do przewidzianego na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych pana Andrzeja F. podjął na podstawie dwóch pierwszych inwestycji wskazanych dla tejże osoby, tj. Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4 na odcinku KA4D km 279+149 km 296+600 Nogawczyce – Kleszczów oraz Przebudowa drogi krajowej Nr 50 odcinek Grójec – Mińsk Mazowiecki. Powyższe potwierdza wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 11.08.2011 r., w którym Zamawiający wniósł o doprecyzowanie oświadczenia w zakresie drugiej inwestycji wskazanej dla pana Andrzeja F., gdyż inwestycja nr 1 potwierdzała w sposób niewątpliwy spełnienie warunku. Powyższe potwierdza również dokumentacja przesłana do akt sprawy przez Zamawiającego, a w szczególności str. 26 oferty Przystępującego gdzie przy inwestycji nr 3 (Budowa węzła Sośnica na skrzyżowaniu autostrad A1 – A4) postawiony został odrębnie znak zapytania. Pozostałe odrębne notatki na znajdującym się w ofercie Przystępującego wykazie osób (str. 23 – 28) obrazują jaki był sposób analizy spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Należy również wskazać, iż treść oświadczenia Przystępującego zawartego na str. 26 złożonej w postępowaniu oferty w zakresie zadania nr 3 ma następującą postać: „Z-ca Rezydenta/Kierownik zespołu inspektorów mostowych dla zadania „Budowa węzła Sośnica na skrzyżowaniu autostrad A1 – A4” – FIDIC”. W ocenie Izby Zamawiający miał podstawy do pominięcia tej pozycji przy ocenie spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do potencjału kadrowego, gdyż oświadczenie to nie pozwala na ustalenie faktu spełnienia warunku, a spełnienie warunku potwierdzały dwie pierwsze pozycje. Pozycja nr 3 nie zawierała bowiem szeregu informacji istotnych z punktu widzenia warunku określonego w SIWZ w Rozdziale I pkt 6.2 ppkt 3 lit. b (potencjał kadrowy) pkt 5 (osoby proponowane do funkcji – Inspektor Nadzoru robót mostowych), w tym klasy drogi, wartości robót budowlanych, zakresu przedmiotowego w odniesieniu do obiektów inżynierskich oraz faktu, iż zadanie winno być doprowadzone przy udziale osoby wskazującej powyższe doświadczenie, co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót. Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, że Zamawiający w toku postępowania może opierać się jedynie na oświadczeniach i dokumentach przedkładanych przez wykonawców, w szczególności w przedmiocie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nieistotna jest w tym wypadku wiedza Zamawiającego lub powszechna znajomość faktów, na

którą powoływał się w toku rozprawy Przystępujący, gdyż postępowanie podlega zasadzie jawności i pisemności wyrażonych w art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, jak wynika z art. 26 ust. 2a, jak również art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający winien poszukiwać samodzielnie informacji i zastępować w tych obowiązkach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto adresatem informacji zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę są również inne podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, gdyż w oparciu o zasadę jawności i pisemności (art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) przy uwzględnieniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) przysługuje im prawo do weryfikacji rzetelności i prawdziwości złożonych przez innych wykonawców dokumentów oraz oświadczeń w ramach kontroli działań i czynności zamawiającego przedsięwziętych przez tego ostatniego w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Izba uznała, iż została spełniona druga z przesłanek wyrażonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która uzależnia wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje, od wykazania wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe ma bowiem bezpośredni związek z przedstawieniem przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktyczny przedstawienie przez Przystępującego w odniesieniu do inspektora nadzoru robót mostowych, pana Andrzeja F., nieprawdziwych informacji nie tylko mogło, ale miało wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe została spełniona najdalej idąca z możliwych alternatywnych przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co jednocześnie obliguje Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum MGGP S.A. oraz DHV Polska Spółka z o.o. z przedmiotowego postępowania.

II. W odniesieniu do drugiej podstawy wykluczenia dotyczącej inspektora ds. rozliczeń (pani Elżbiety Ch.) Izba uznała, iż brak jest wystarczających dowodów potwierdzających, iż w tym wypadku doszło do złożenia przez Przystępującego w postępowaniu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do powyższej osoby Odwołujący podstawy faktyczne dla zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oparł na 1 inwestycji wskazanej w wykazie, tj. Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty, długość 22 km i wskazał, iż w ramach udzielonych wyjaśnień Przystępujący pismem z dnia 17.08.2011 r. potwierdził, że zadanie to

26

przy udziale tej osoby zostało doprowadzone do ostatecznego rozliczenia i to w tym piśmie, zdaniem Odwołującego, złożył on nieprawdziwe oświadczenie.

W tym wypadku Izba uwzględniła wskazane przez Przystępującego w piśmie z dnia 12.09.2011 r. oraz w toku rozprawy argumenty, iż brak jest w SIWZ zasad i wytycznych jakie mają precyzować znaczenie pojęcia „ostateczne rozliczenie”. Izba wskazuje, iż w tym określonym wypadku, przy takim sformułowaniu postanowień warunku w zakresie eksperta ds. rozliczeń brak jest możliwości jednoznacznego wykazania, iż informacje podane przez Przystępującego w ofercie oraz w złożonych wyjaśnieniach noszą znamiona informacji nieprawdziwych. Potwierdzenie faktu ostatecznego rozliczenia inwestycji może wynikać bowiem z odmiennego rozumienia tego znaczenia przez Zamawiającego i Przystępującego. Zamawiający formułując przedmiotowy warunek i posługując się pojęciem „ostateczne rozliczenie” nie doprecyzował, w oparciu o jakie standardy czy też wytyczne to pojęcie ma być rozumiane. Nie określił w szczególności, że pojęcie to należy odnieść do warunków kontraktowych FIDIC, jak sugerował to w trakcie rozprawy Odwołujący. Ostateczne rozliczenie inwestycji może być czynnością jednostronną – dokonaną przez jedną ze stron procesu inwestycyjnego i może wymagać jedynie akceptacji drugiej ze stron. Może ono być również dokonane przy udziale wykonawcy i inwestora, jak również być dokonane przez osobę trzecią (inwestora zastępczego, inżyniera kontraktu). Moment w którym mamy do czynienia z ostatecznym rozliczeniem jest trudny do uchwycenia, w zależności od postanowień umowy wiążącej strony procesu inwestycyjnego, jak również może być odmiennie rozumiany w oparciu o ten sam kontrakt przez jego poszczególne strony. Tym samym często zachodzą trudności z ustaleniem, które rozliczenie jest rozliczeniem ostatecznym. Izba uznała za istotny argument Przystępującego, iż ekspert ds. rozliczeń (pani Elżbieta Ch.) brał udział przy sporządzaniu ostatecznego rozliczenia, które zostało przedstawione na etapie inwestycji. Ten fakt nie został podważony zarówno przez Odwołującego jak i Zamawiającego. Tym samym odmiennie rozumienie znaczenia pojęcia użytego w warunku i odmiennie rozumienie sposobu rozliczenia przez poszczególne strony procesu inwestycyjnego przesądza o tym, iż trudno jest zarzucić w tym przypadku Przystępującemu złożenie na etapie postępowania nieprawdziwych informacji. Z nieprawdziwą informacją mamy do czynienia w przypadku, gdy okoliczności faktyczne do których się ona odnosi nie mogą być przedmiotem wykładni lub interpretacji. W przedmiotowym stanie faktycznym to czy dana inwestycja została ostatecznie rozliczona może być odmiennie rozumiane przez poszczególne podmioty w oparciu o te same zapisy umowy i w oparciu o ten sam stan faktyczny i prawny.

W tym wypadku Izba podzieliła argument przedstawiony w toku rozprawy przez Przystępującego, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności jeżeli zaistniała

27

wątpliwość może przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Powyższy pogląd jest reprezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, iż Przystępujący składając oświadczenie, iż inwestycja pn. Budowa autostrady A4 Zgorzelec – Wykroty, długość 22 km została doprowadzona do ostatecznego rozliczenia przy udziale pani Elżbiety Ch. złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę, iż Izba stwierdziła w zakresie 1 podstawy faktycznej wskazanej w odwołaniu (inspektor nadzoru robót mostowych – pan Andrzej F.), iż doszło do naruszenia

przez Zamawiającego na etapie postępowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, doszło tym samym również do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, jak również art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż naruszenie przez Zamawiającego powyższych przepisów było wynikiem dokonania czynności następczych, które były wadliwe ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 (w związku z art. 2 pkt 5) w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się więc do udzielenia zamówienia, które ma miejsce w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym nie sposób uznać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i powiązanych z nim przez Odwołującego przepisów.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, jak również art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

28

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 2.

Przewodniczący:

.....

29

30